

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**E.A.P. DE DERECHO**

**La aplicación del control difuso en la administración  
Pública, previa aplicación de la cuestión de  
Inconstitucionalidad**

**TESIS**

**Para Optar el Título de Abogado**

**AUTOR**

**Amaro Caldas Heral Roger**

**ASESOR**

**Jacobo Romero Quispe**

**Lima – Perú**

**2011**

El presente trabajo es fruto de un esfuerzo de mis padres, amigos y asesor, a quienes dedico en agradecimiento, por el tiempo brindado.

## 1. INTRODUCCIÓN:

“Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que inviten al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc. Como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría serlo más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. Ello no obstante, el límite entre las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes (...) es fácilmente difuminable, y no es imposible que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional (...). Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable (...) Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equivoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el Tribunal Constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante, ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente – del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena (...) la Constitución debe, especialmente si crea un

Tribunal Constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo mas preciso posible”.

Hans Kelsen

Como podemos advertir del acápite anterior, las propias palabras de Hans Kelsen son el testimonio de una derrota intelectual, de aquellos que pretenden extender los alcances del control difuso a los órganos colegiados de la administración, por lo que, no resulta explicable como en nuestro país el Tribunal Constitucional, órgano encargado del control de constitucionalidad, mediante la sentencia vinculante recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, (Caso Salazar Yarlenque), viene implementando el control difuso en los Tribunales Administrativos, argumentando salvaguardar la supremacía de la Constitución, el Principio de Legalidad y por más irónico que parezca la Seguridad Jurídica del administrado.

En el presente estudio analizaremos como el Tribunal Constitucional pretende extender los alcances del control difuso jurisdiccional a algunos órganos administrativos, otorgándoles mayores atribuciones que los que posee el Poder Judicial, ya que los órganos administrativos a quienes se ha reconocido esta atribución podrán ejercerlas sin el control de órgano superior alguno, lo que genera la posibilidad de diversas interpretaciones de una misma Ley con la situación de caos y desconfianza que ello significa. Pues, en la medida que no exista dentro del Poder Ejecutivo una única entidad capaz de someter jerárquicamente a todos los Órganos Colegiados y Tribunales Administrativos - que pudiera jugar un rol de la Corte Suprema en el caso de la inaplicación de leyes inconstitucionales – se estaría creando un caudillismo jurídico, donde todos creerían tener la razón respecto a la interpretación de una norma Constitucional, poniendo en riesgo la Seguridad Jurídica del administrado y sus consecuencia en el ámbito económico, pues bien es sabido donde no hay seguridad jurídica, no hay inversión privada.

En efecto, el presente estudio advierte que la diferencia existente entre el control difuso judicial (que termina concentrándose en la Corte Suprema) y el control difuso administrativo (que sería efectivamente, totalmente difuso), son motivos suficientes para descartar la extensión del Control Difuso a favor de la Administración, pues, de aplicarse resultaría paradójico como en el ámbito administrativo la inaplicación de leyes, resulte siendo mucho más flexible que en el Poder Judicial.

Inciendiando en el peligro que sufriría el Principio de Seguridad Jurídica, advertimos que la Administración Pública no admite la existencia de un único órgano superior que imponga una determinada interpretación vinculante sobre la interpretación de una norma constitucional, pues, el reconocer en la administración pública la posibilidad de inaplicar una norma legal trae como consecuencia inmediata la aparición de una multiplicidad de órganos con capacidad para disponer dicha inaplicación y que, adicionalmente tendrán autonomía plena para adoptar una decisión de esa naturaleza sin encontrarse bajo la tutela o la subordinación de algún órgano superior, multiplicándose los centros de decisiones con capacidad de inaplicación de leyes sin que estos tengan, en sede administrativa, una limitación o restricción similar a la figura de la consulta como en el caso del control difuso judicial.

Pensemos en la Autonomía existente entre la administración del Gobierno Nacional frente a tantas otras administraciones Municipales o Regionales para comprender, inmediatamente, que sería imposible sujetar a todas ellas a una interpretación uniforme de la Constitución. Incluso dentro del mismo Gobierno Nacional, el citado caso de los Organismos Reguladores constituye un ejemplo de entidades administrativas que no podrían encontrarse subordinadas a las directivas impuestas por una supuesta autoridad superior inexistente.

Finalmente, frente al problema de la presunta inconstitucionalidad de ley que debe ser aplicada por la administración pública y ante la falta de una fundamentación lógica que nos permita apreciar que la Constitución ha establecido el control difuso administrativo, cabrían dos alternativas: la primera,

esperar que el legislador habilite expresamente a la Administración Pública para que determine la forma en que debe actuar en tales circunstancias; dentro de las posibles posibilidades estaría la de permitir que la administración, cuando tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una Ley plantee formalmente ante el Tribunal Constitucional lo que en otros ordenamientos se llama Cuestión de Inconstitucionalidad. La segunda alternativa sería reconocer que la Administración Pública no tiene atribuida dicha potestad y que, en consecuencia, no pueda inaplicar una Ley por considerarla inconstitucional, ante la falta de un reconocimiento constitucional.

## 2. SUMARIO:

### **CAPITULO I: "TEORIA DEL ESTADO: FUNDAMENTO HISTORICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS PRODUCIDOS DE UN ESTADO ABSOLUTO AL ESTADO CONSTITUCIONAL".**

#### I. FUNDAMENTO HISTORICO DEL ESTADO DE DERECHO

##### 1.1 ANTECEDENTES:

#### II. HISTORIA DE LAS DOCTRINAS POLÍTICAS

##### 2.1. EL PODER Y EL DERECHO:

###### 2.1.1. EL IMPULSO DEL PODER:

- A) LA ANARQUÍA
- B) EL DESPOTISMO

##### 2.2. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE LIMITACIÓN DEL PODER

###### 2.2.1. EL DERECHO Y EL ESTADO

##### 2.3. ORIGEN Y/O EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

###### 2.3.1. LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL:

###### 2.3.1.1. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR EL GOBERNANTE

- A) LOS APORTES DE HUGO GROCIO:
- B) THOMAS HOBBES:

###### 2.3.1.2. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR LA SEPARACIÓN DE PODERES

- A) JOHN LOCKE:
- B) MONTESQUIEU:

###### 2.3.1.3. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR LA MAYORIA

- A) EN INGLATERRA
- B) EN FRANCIA
- C) EN ALEMANIA

###### 2.3.1.4. RESULTADOS PRÁCTICOS DE LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL

###### 2.3.2. CRÍTICAS A LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

###### 2.3.2.1. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

- A) EN INGLATERRA
- B) EN ALEMANIA

###### 2.3.2.2. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE EVOLUCIÓN CULTURAL

- A) HEGEL
- B) SUMNER MAINE:
- C) HERBERT SPENCER:

###### 2.3.2.3. EL POSITIVISMO ANALÍTICO (AUGUSTO COMTE, BENTHAM Y JHERING)

###### 2.3.2.4. LA ESCUELA ANALÍTICA (JHON AUSTÍN)

###### 2.3.2.5. TEORIA PURA DEL DERECHO (KELSEN)

- III. LA AFIRMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y SU EVOLUCIÓN
  - 3.1. LA POSICIÓN DEL CIUDADANO EN EL ESTADO
    - 3.1.1. FUNDAMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO:
    - 3.1.2.. LA IGUALDAD JURIDICA, LIBERTAD Y DERECHOS DEL HOMBRE:
- IV. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO
  - 4.1. EL SIGNIFICADO DE CONSTITUCIÓN
    - 4.1.1. DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN
      - A) CONCEPCIÓN GARANTISTA
      - B) CONCEPCIÓN TRADICIONALISTA
      - C) CONCEPCIÓN SOCIOLOGICA
      - D) CONCEPCIÓN AUTORITARIA
  - 4.2. CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN
    - A) FINALIDADES:
    - B) LA MATERIA:
    - C) INTERGRACIÓN Y PLENITUD
    - 4.2.1. CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PREÁMBULOS Y DE LAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES
      - A) LOS PREÁMBULOS
      - B) LAS DECLARACIONES
    - 4.2.2. FUNCIÓN ARTICULADORA DE LA CONSTITUCIÓN
    - 4.2.3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
      - A) PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN
      - B) PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA
      - C) PRINCIPIO DE CORRECCIÓN FUNCIONAL
      - D) PRINCIPIO DE EFICACIA INTEGRADORA
      - E) PRINCIPIO DE FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN
  - 4.3. INSTRUMENTOS TÉCNICOS DE CONTROL
  - 4.4. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
  - 4.5. BASES CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
    - 4.5.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMEINTO ADMINISTRATIVO
      - 4.5.1.1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL
      - 4.5.1.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD
      - 4.5.1.3. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA
- V. LA LIMITACIÓN DE PODER EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
  - 5.1. ACTIVIDAD DE LIMITACIÓN DE DERECHOS
  - 5.2. ACTIVIDAD PRESTACIONAL
  - 5.3. ACTIVIDAD NORMATIVA
  - 5.4. ACTIVIDAD SANCIONADORA
  - 5.5. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL



## **CAPITULO II: “SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”**

### **I. FUNDAMENTO**

- 1.1. CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO (POR EL TC)
  - 1.1.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO
- 1.2. EL CONTROL JUDICIAL “JUDICIAL REVIEW”
  - 1.2.1. EL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ

### **II. EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:**

- 2.1. MARCO DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
- 2.2. FRENTE A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY O NORMA DE RANGO EQUIVALENTE
- 2.3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA INFRA LEGAL

### **III. ¿PUEDE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EJERCITAR EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVA?**

- 3.1. ARGUMENTOS A FAVOR:
- 3.2. ARGUMENTOS EN CONTRA
  - 3.2.1. UN ARGUMENTO HISTORICO: HANS KELSEN Y SU PROPUESTA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES
  - 3.2.2. EL ARGUMENTO OPERATIVO: EL CONTROL DIFUSO ES MÁS Estricto QUE EL PROPUESTO CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO.

### **IV. ¿QUÉ DEBE HACER LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA LEY INCONSTITUCIONAL?**

## **CAPITULO III: “CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”.**

### **I. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

- 1.1. EL OBJETO DE CONTROL EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
- 1.2. EL FUNDAMENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: LA DUDA DE CONSTITUCIONALIDAD
- 1.3. LA INICIATIVA PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
- 1.4. EL TRÁMITE DE ADMISIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### **3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:**

El método desarrollado en el presente estudio es el Método Dogmático, ya que ella nos permite realizar un enfoque más amplio del Derechos Constitucional, del Derechos Administrativo y, del control que se puede ejercer en ambas ramas, recurriendo para ello, a la legislación nacional, extranjera, el derecho comparado y ocasionalmente a la jurisprudencia.

### **4. PROBLEMA:**

#### **4.1. DEL PROBLEMA GENERAL:**

¿Puede la Entidad Administrativa aplicar una ley que considere inconstitucional?

#### **4.2. DEL PRIMER PROBLEMA ESPECÍFICO:**

¿Qué efectos tendría en el administrado, la aplicación de una ley que la Entidad Administrativa considere inconstitucional?

#### **4.3. DEL SEGUNDO PROBLEMA ESPECÍFICO:**

¿En qué medida la aplicación de una ley que la Administración considere inconstitucional puede afectar el Principio de Constitucionalidad, Principio de Legalidad y la Seguridad Jurídica?

### **5. OBJETIVOS:**

#### **5.1. OBJETIVO GENERAL:**

- Determinar cuáles son los alcances del Derecho, respecto a la aplicación del control difuso en la Administración Pública, identificando sus aspectos problemáticos que imposibilitan su real aplicación y los medios procesales para garantizarlo.

## **5.2. OBLETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Determinar los alcances de la Cuestión de Inconstitucionalidad como cuestión previa a la aplicación del control difuso de la Constitucionalidad de las leyes a favor de los administrados.
- Identificar los problemas que presenta el Control Difuso en el órgano jurisdiccional, tanto a nivel teórico como práctico, a fin de esclarecer las deficiencias procesales que presentaría la posible no aplicación de una norma inconstitucional en la Entidad Administrativa.
- Proponer los mecanismos procesales que garanticen los derechos de los administrados, según la experiencia del Derecho Comparado.

## **6. HIPÓTESIS:**

- De aplicarse una eventual extensión del Control Difuso a favor de la Administración Pública, se estaría tomando distancia del Control Constitucional de las leyes, propuesto por kelsen, pues éste aboga por un órgano supremo y centralizado que permita que la declaratoria de inconstitucionalidad, se asemeje a un acto legislativo general, pero de signo negativo.
- La no aplicación de una norma inconstitucional en la Administración Pública, encuentra su fundamento en el Principio de Legalidad Administrativa y, la Seguridad Jurídica del administrado.
- La posible aplicación del Control Difuso por parte del juez se encuentra sujeta a parámetros, los mismos que no resultan aplicables a los Tribunales Administrativos.

## **7. JUSTIFICACION Y VIABILIDAD:**

Los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional no alcanzan un desarrollo sostenible, no obstante que la Constitución Política del Perú haya reconocido expresamente que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.

Asimismo, los jueces poco han aplicado el control difuso, y las pocas veces que lo han hecho no han sido coherentes con su interpretación o con las del Tribunal Constitucional, por lo que, la realización de esta investigación pretende efectuar una aportación de carácter teórico que desde luego permita a la administración, cuando tenga duda razonable sobre la constitucionalidad de la ley plantee formalmente ante el Tribunal Constitucional lo que en otro ordenamientos conocen como la Cuestión de Inconstitucionalidad, garantizando la uniformidad de criterios en la interpretación de nuestra Constitución, y a fin de brindarle Seguridad Jurídica al Administrado, evitando de esta manera que un funcionario A (fulanito) no aplique una determinada ley porque la considere inconstitucional, mientras que quizás el funcionario B (menganito) considere constitucional la ley y proceda en correspondencia a ello.

## **8. MARCO CONCEPTUAL:**

### **A. Control de Constitucionalidad:**

Es el mecanismo jurídico por el cual para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales y se invalidan las normas de rango inferior que no hayan sido hechas de conformidad con aquellas.

### **B. Control Concentrado y Control Difuso:**

Doctrinariamente y en la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas, según sea el órgano al cual la Constitución encargue dicho cometido. Uno de ellos se denomina CONTROL CONCENTRADO porque se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes; y,

el otro sistema se llama CONTROL DIFUSO, porque cualquier operador del derecho, en caso de conflicto entre una norma de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la primera al resolver un caso concreto. Por su origen, al primer sistema se le llama austriaco o europeo y al segundo americano.

#### C. Administración Pública:

Administración pública es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. (Diez, Manuel María (1977). Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires: Plus Ultra.)

#### D. Principio de Legalidad:

El Principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas (ej. el Estado sometido a la constitución o al Imperio de la ley). Por esta razón se dice que el principio de legalidad establece la seguridad jurídica.

#### E. Principio de Seguridad Jurídica:

La seguridad jurídica es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la «certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

#### F. Estado de Derecho:

El Estado de Derecho es aquel Estado en donde sus autoridades se rigen, permanecen y están sometidas a un derecho vigente en lo que se conoce como un Estado de derecho formal.

#### G. Estado Constitucional de Derecho:

El Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley in suo ordine sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional. Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustenta, en primer lugar, en la doctrina adoptada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución.

#### H. Cuestión de Inconstitucionalidad:

Cuando un juez o tribunal de oficio o a instancia considera que una norma con rango de ley y que de cuya validez dependa el fallo puede ser contrario a la Constitución, debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

## **9. MARCO TEORICO:**

### **CAPITULO I: “TEORIA DEL ESTADO: FUNDAMENTO HISTORICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS PRODUCIDOS DE UN ESTADO ABSOLUTO AL ESTADO CONSTITUCIONAL”.**

#### **1. FUNDAMENTO HISTORICO DEL ESTADO DE DERECHO**

##### **1.1. ANTECEDENTES:**

El presente estudio es síntesis de una serie de estudios constitucionales y administrativos, que detallan parte de la historia de las doctrinas políticas y de las instituciones políticas, que recoge de los principales representantes de las escuelas del derecho y de constitucionalistas consagrados, ya que estos aportes sirvieron de base a un Estado Constitucional de Derecho y consecuentemente a la consolidación del Derecho Administrativo.

A decir, de los aportes constitucionales Bobbio Norberto señala que: “La historia de las instituciones se desarrolló después que la historia de las doctrinas, de manera que frecuentemente los ordenamientos de un sistema político determinado han sido conocidos, o nos hemos conformado con conocerlos mediante la reconstrucción, e incluso la deformación o idealización, hechas por los escritores, como Hobbes con el Estado Absoluto, Locke con la Monarquía Parlamentaria, Montesquieu con el Estado Limitado, Rousseau con la Democracia, Hegel con la Monarquía Constitucional, etcétera”<sup>1</sup>. Sin embargo, ya en estos tiempos, juristas notables como González Alonso Benjamín, muestran cierto distanciamiento con lo opinado por Bobbio, advirtiendo que en determinadas etapas de la historia, las instituciones políticas se desarrollaron anteriores a las doctrinas políticas, claro ejemplo de ello, es cuando menciona que: “El estado absolutista fue conformado en virtud de un

---

<sup>1</sup> Norberto Bobbio. “Estado Gobierno y Sociedad”. Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004. Pág. 68-69. “La primera fuente para un estudio autónomo de las instituciones frente a las doctrinas está constituida por los historiadores: comentando a Tito Livio, Maquiavelo, reconstruye la historia y el ordenamiento de las instituciones de la república romana; Vico, para reconstruir la historia civil de las naciones desde el estado ferino hasta los grandes estados de su tiempo (...)”

proceso de acumulación, de un proceso puramente inductivo, de una evolución sin grandes rupturas desde la baja edad media en adelante, de manera que la entidad política y organizativa del estado absolutista fue, desde todos los puntos de vista, previa a la entidad conceptual”.

Bobbio incidiendo en su teoría precisa que en un Estado Constitucional de Derecho la realidad conceptual es antes que la realidad política, ya que el proceso de formación del Estado Constitucional ha sido el inverso que el Estado Absoluto, debido al gran aporte de la filosofía y al sistema ideológico propio del racionalismo.

En ese sentido, al estar demostrado la importancia de las doctrinas políticas, nos centraremos en analizar los principales aportes doctrinarios respecto a la concepción de poder que se tuvo a lo largo de la historia, así, como de los principales aportes de las escuelas del derecho y la consagración de un Estado de Derecho, donde se resalte los derechos fundamentales del individuo en la sociedad y, la consagración del Estado Constitucional de Derecho.

Ya que, en efecto una vez consolidado el Estado de Derecho y fortalecida las instituciones del Estado, recién puede entrar a tallar el Derecho Administrativo, limitando las potestades absolutas del soberano y haciendo respetar la constitución y las leyes que expide el parlamento

## **II. HISTORIA DE LAS DOCTRINAS POLÍTICAS**

### **2.1. EL PODER Y EL DERECHO:**

En la relación existente entre el Poder y el Estado existen dos situaciones claras: En un primer momento el gobernante disfruta de un poder ilimitado de dominación y de sujeción sobre los gobernados; no tiene respecto al pueblo ninguna obligación, puede hacer con ellos lo que le plazca.

En un segundo momento, la relación entre el gobernante y los gobernados en un Estado de Derecho es de igualdad. Ambas partes se reconocen mutuamente como libres, ninguno de los cuales sería capaz de



considerar seriamente la posibilidad de someterse como esclavo al poder arbitrario del otro.

Estas consideraciones nos permiten advertir una distinción importante: EN UNA RELACIÓN DE PODER las relaciones existen cuando un hombre queda sometido a la voluntad arbitraria y totalmente ilimitada de otro. EN UNA RELACIÓN DE DERECHO, por el contrario, ambas partes reconocen la existencia de derechos y deberes mutuos, sobre la base de una cierta igualdad.

En efecto se puede apreciar que existen diversas formas de manifestar el poder, desde un momento originario o primitivo, hasta un momento en el cual se pueda garantizar y hacer cumplir el Derecho; bien incluyendo al individuo en la sociedad y el reconocimiento de una amplia esfera de derechos y garantías que aseguren su pleno uso, o bien, fortaleciendo las instituciones democráticas y al mismo tiempo mejorando el ejercicio de sus funciones públicas.

#### **2.1.1. EL IMPULSO DEL PODER:**

Autores y filósofos clásicos han dado cuenta de la tremenda importancia del concepto de poder para el estudio de la vida social humana. “Hobbes y Spinoza basaron sus sistemas filosóficos en el supuesto de que todo ser vivo se ve impulsado por un instinto natural a extender su poder lo más lejos que es capaz”<sup>2</sup>.

Es una experiencia externa – dijo Montesquieu – que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella, ir cada vez más allá, hasta que encuentre una barrera.

Por su parte, Bodenhimer advierte que mientras el poder tenga una influencia ilimitada existirán dos formas extremas de vida social humana; una de ellas la anarquía; la otra el despotismo.

---

<sup>2</sup> Edgar Bodenhimer. “Teoría del Derecho”. Fondo de Cultura Económica de México, Pág. 16. Citando a: “Hobbes, Leviatán, Parte I; Capítulo 10-14 (Edición Española, traducción de Manuel Santos Sarto. Fondo de Cultura Económica de México, 1940).

**A) LA ANARQUÍA:** Situación social, en la que se da a todos los miembros de la comunidad un poder ilimitado. Donde impera la anarquía no hay reglas coactivas que todo individuo esté obligado a reconocer y obedecer. Todo el mundo es libre de hacer lo que quiera, no hay Estado o gobierno que imponga límites al ejercicio arbitrario de ese poder.

Según Spinoza el resultado final de una situación anárquica sería un régimen político en el que habría de surgir como conquistador un hombre que establezca su dominio sobre los demás. Mientras que Hobbes afirma, que en la anarquía habría una guerra perpetua de todos contra todos.

Hobbes llegaba a esta conclusión suponiendo que la naturaleza ha hecho a todos los hombres esencialmente iguales en facultades mentales y físicas, pero en realidad los hombres son muy desiguales en fuerza corporal e intelectual. De ahí, que una lucha de todos contra todos en un Estado de anarquía hubiera de cavar, probablemente, con la captura de poder por un hombre o grupo de hombres y con la subyugación de la multitud, no obstante la anarquía corre el riesgo de verse pronto desplazado por el extremo opuesto: el despotismo.

**B) EL DESPOTISMO:** Es una forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder ilimitado sobre los súbditos a los que rige. Puede manifestarse en dos formas. En primer término puede significar el régimen puramente arbitrario y caprichoso de un hombre que trata de dominar a otros para satisfacer un ansia personal de poder. En segundo lugar, puede aparecer en forma de una idea o propósito impersonal que el déspota intenta realizar.

En su forma puramente arbitraria el despotismo no reconoce límites al ejercicio del capricho personal del gobernante; así por ejemplo el despotismo de tipo puramente personal se da con frecuencia en tribus primitivas y en un orden social que reconoce la esclavitud. En la cultura moderna, el despotismo no ha desaparecido, pero se disfraza generalmente en una forma más impersonal. En un Estado totalitario moderno, el déspota trata de relacionar su

poder con alguna aspiración o ideal más elevado, al que afirma servir, tal como sucedió en el Estado Absolutista.

En el campo administrativo el poder del gobierno o de sus funcionarios de policía de internar a cualquier ciudadano en un centro penitenciario, sin expresar ningún motivo, puede ejercerse de modo puramente arbitrario y caprichoso, creando en el pueblo un sentido de peligro e inseguridad, por consiguiente, ante el peligro de la anarquía comprendido como un abuso arbitrario de poder por parte de todos y cada uno de los individuos; y el riesgo del despotismo, comprendido como el abuso arbitrario de poder por parte de un hombre. Surge el Derecho como un término medio entre ambas, pues en su forma pura y perfecta se realizara en aquel orden social en el que éste reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno<sup>3</sup>.

¿Cómo puede el Derecho llegar a esta meta? Únicamente limitando, por una parte, el poder de los particulares y, por otra, el poder de las autoridades públicas. Si se limita solo el poder de los particulares, habrá necesariamente un gobierno omnipotente, es decir algo cercano al despotismo. Si no se limita más que el poder del gobierno, habrá necesariamente individuos particulares o grupos privados omnipotentes, es decir, algo parecido a la anarquía. Ambas situaciones son hostiles al imperio del Derecho. La única solución puede ser asignar, tanto a los individuos particulares o grupos privados como a los gobernantes una esfera de poder definida y circunscrita que no puedan agrandar ni trascender arbitrariamente. En estos términos, el Derecho en su forma más pura tiene que reconocer una esfera limitada de poder a los particulares y a las autoridades gobernantes<sup>4</sup>.

## **2.2. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE LIMITACIÓN DEL PODER**

### **2.2.1. EL DERECHO Y EL ESTADO**

Hay pocos problemas en la Ciencia del Derecho que hayan producido tanta controversia como el de la relación entre el Derecho y el Estado. Sin embargo,

---

<sup>3</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 32.

<sup>4</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 32-33.

puede decirse que este problema se ha planteado habitualmente en forma general, abstracta y teórica. Preguntándonos si el Estado era algo superior al Derecho o si el Derecho era superior al Estado o si ambos constituían dos aspectos distintos de la misma cosa. Estas preguntas representan tres teorías principales acerca de la relación entre el Derecho y el Estado.

A) Según la primera teoría, el Estado se encuentra por encima del Derecho y es superior a él. Esta teoría fue desarrollada en forma rigurosa por John Austin, quien influenciado por Hobbes y Bentham, sostuvo que el Derecho no era sino otra cosa que el mandato del soberano. Además, afirmó que en toda sociedad hay alguna persona individual o grupo de personas que recibe habitualmente la obediencia de los miembros de la sociedad, pues, esa persona o grupo de personas, siempre que no obedezca, habitualmente a otro superior, es el soberano de esa sociedad. Su posición de los otros miembros de la sociedad respecto a ese superior es de sujeción. El soberano tiene el poder de obligar a los otros miembros de la sociedad a hacer exactamente lo que le plazca. Es el creador único del derecho<sup>5</sup>.

De modo análogo Hobbes expresa que “El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste liberarse de esa sujeción derogando las leyes que lo estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente era libre desde antes”<sup>6</sup>.

Las leyes de los soberanos se imponen aparentemente a sí mismos, o las leyes que los soberanos se imponen aparentemente a sus sucesores, son meros principios o máximas que adoptan como guías o que recomiendan a sus sucesores en el poder soberano.

Esto es aplicable incluso al Derecho Constitucional. Frente al soberano las disposiciones de una Constitución son meras reglas de moralidad positiva.

---

<sup>5</sup> Austin estaba influenciado por Hobbes Bentham, que defendieron también una teoría imperativa del Derecho. Hobbes, *Leviatán*, Parte II, Cap. 26. “Es evidente que la Ley General no es Consejo, sino orden”. Ed. Esp. Pág. 271.

<sup>6</sup> Hobbes Op. Cit., Parte II Cap. 26.

Un acto del soberano que viola la Constitución puede ser calificado de inconstitucional, pero como no es una infracción del Derecho en sentido estricto, no puede ser calificado de anti – jurídico (ilegal), debido a que el soberano está libre de las restricciones de la ley.

B) Diametralmente opuestas a la doctrina Austiniana del Estado son aquellas teorías que tratan de establecer y demostrar la superioridad del Derecho sobre el poder del Estado. La opinión que coloca al Derecho por encima del Estado se ha presentado sobretodo, en las doctrinas jusnaturalistas. En la edad media, se sostenía que las normas fundamentales del Derecho derivaban de una fuente divina y debían ser consideradas como obligatorias para el poder del Estado. Por su parte, filósofos como Grocio, Pufendorf, Locke y Wolff, defendieron en los siglos XVII y XVIII, la opinión de que existían normas eternas de Derecho y Justicia, superiores a los gobernantes de los estados y obligatorias para ellos. En el siglo XX autores como el holandés Krabbe y el jurista francés Leon Duguit, han mantenido en pie la teoría que el Estado se encuentra sujeto a la autoridad del Derecho, afirmando que ningún Derecho puede ser valido sí no es conforme al sentimiento jurídico que prevalece en la comunidad<sup>7</sup>.

C) La tercera opinión, niega la validez del antagonismo entre “soberanía del Estado” y “soberanía del Derecho”. En opinión de Vinogradoff, Estado y Derecho son dos aspectos de la misma cosa. Asimismo, Kelsen afirma que el Derecho y Estado no son meramente dos aspectos o lados del mismo fenómeno; son totalmente y sin reservas idénticos, pues, todo acto del Estado, es a la vez, acto jurídico y toda definición del Estado, es a la vez, una definición del Derecho. Por tanto, el Estado de que se trate sea autocrático o democrático, sea Estado de Poder o Estado de Derecho, según Kelsen, tiene que ser Estado de Derecho. Adicionalmente, afirma que el poder del Estado es

---

<sup>7</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 72-73.

Según Bodenheimer: Krabbe niega en un pasaje de su obra que, según su teoría, el Derecho sea superior al poder del Estado. Krabbe, dice: la autoridad inherente al Estado y la autoridad del Derecho son idénticas. Por otra parte admite la posibilidad de que el legislativo pueda aprobar normas que violen el sentimiento jurídico del pueblo; considera como no validas tales normas. Es decir, considera evidentemente al Derecho como fuerza superior al poder del Estado. Para una interpretación correcta de Krabbe, véase a Kelsen en Justicia Constitucional.

meramente la suma total de normas coactivas validas en una sociedad dada; lo mismo es el Derecho. Por lo que, es algo totalmente injustificado hablar de un dualismo entre Estado y Derecho.

### **2.3. ORIGEN Y/O EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO**

Como se ha mencionado con anterioridad, el tema del Estado como noción político jurídico ha sido una temática que ha merecido numerosos aportes que, en parte sirvieron de sustento para el desarrollo de las diferentes Escuelas del Derecho, entre las que destacan: La Escuela del Derecho Natural, la Escuela Histórica del Derecho, el Positivismo Analítico y la Escuela Analítica; quienes perseguían que sus autoridades se sometían a un derecho vigente en lo que se conoce como estado de derecho formal, y en el ámbito del derecho público que la esfera de derechos individuales sean respetados gracias a la existencia de derechos de frenos y contrapesos que permitan un adecuado ejercicio del poder público.

#### **2.3.1. LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL:**

En la escuela del derecho natural pueden distinguirse tres periodos, que en sí, corresponden a tres etapas sucesivas del desarrollo social, económico e intelectual de la época.

LA PRIMERA ETAPA del proceso de emancipación de la teología medieval y el feudalismo, que se produjo después del renacimiento y la reforma, la señalan el protestantismo en la esfera de la religión, el absolutismo ilustrado, en el dominio de la política y el mercantilismo en el campo de la economía. A esta época, que duro más tiempo, corresponden las teorías de Grocio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf y Wolff.

“Es rasgo característico de esta teoría, es que la garantía última de la aplicación del Derecho Natural resida meramente en la prudencia y automoderación del gobernante (...)”<sup>8</sup>, sosteniendo que se podía conocer el Derecho por medio de la razón y solo por ella. Además, creían que había un

---

<sup>8</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 154.

cuerpo del Derecho inmutable que la razón humana podía descubrir y aplicar a la reconstrucción de la sociedad, y que solo a causa de las supersticiones teológicas de la edad media había dejado la humanidad de reconocer y aplicar esas leyes eternas en los siglos precedentes.

¿En qué consistía ese derecho eterno y natural?

Su presupuesto fundamental era que el hombre nace libre e independiente. No vivía originariamente en sociedad, pero había hecho un contrato con otros individuos para defender su vida y su propiedad. Por ese contrato transfería a la sociedad cierta clase de sus derechos y su libertad, y la sociedad, a su vez, le garantizaba la protección de su vida y propiedad contra la invasión de otros individuos, es decir, gozar de la vida, la libertad y la propiedad, no debían ser disminuidos por la sociedad, porque esos derechos los había conferido Dios al hombre y eran anteriores a toda sociedad. Son derechos inalienables “Naturales”.

LA SEGUNDA ÉPOCA, que comienza aproximadamente con la revolución puritana de 1649, está caracterizada por una tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo de la política y la filosofía. A este periodo corresponden las opiniones de Locke y Montesquieu. La tendencia dominante de esta época era garantizar los derechos naturales de los individuos contra las invasiones indebidas por parte de los gobernantes, mediante una separación de poderes.

LA TERCERA ÉPOCA está señalada por una fuerte creencia en la soberanía popular y en la democracia. El Derecho Natural queda confiado a la voluntad general del pueblo. El representante más destacado de esta etapa de la doctrina fue Rousseau, cuyas teorías políticas ejercieron una gran influencia en el pensamiento de Kant. Este estadio del desarrollo de la Escuela del Derecho Natural ejerció una influencia profunda en el desarrollo político de Francia, en tanto que la segunda forma de la Escuela del Derecho Natural predominó en los Estados Unidos.

Por ende, en adelante nos centraremos en analizar, cada una de estas etapas del Derecho Natural, rescatando del mismo, los principales aportes de Grocio, Hobbes, Locke, Montesquieu, Kant y Rousseau respectivamente.

### **2.3.1.1. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR EL GOBERNANTE**

#### **A) LOS APORTES DE HUGO GROCIO:**

Grocio, preparo el terreno para la doctrina clásica del Derecho Natural, separando la ciencia del derecho de la teología y de la religión. Creía como los estoicos, que hay un Derecho Natural que tiene su fuente en la naturaleza del hombre. Al punto, de definir al Derecho Natural como “Un dictado de la recta razón que indica que un acto, según sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajeza moral”<sup>9</sup>. Como podremos advertir en esta definición el Derecho Natural queda divorciado de la revelación divina y de la voluntad de Dios, pero aparece aun íntimamente unido a la moralidad.

Para Grocio los principales postulados del derecho Natural son los siguientes:

- Abstenerse de lo que pertenece a otros.
- Conformarse a los pactos y cumplir las promesas hechas a otras personas.
- Indemnizar por cualquier daño causado culposamente a otro.
- E infligir castigo a los hombres que se merecen.

Estos postulados corresponden a aquella forma de justicia que Aristóteles había denominado justicia correctiva.

En lo que respecta al Estado, Grocio la definía como “Una asociación perfecta de hombres libres, asociados para gozar de sus derechos y para utilidad común”<sup>10</sup>. Se originaba por un contrato, pero generalmente el pueblo había transferido su poder a un gobernante, que lo adquiriría como derecho privado suyo y cuyas acciones no estaban sometidas a control jurídico; sin

---

<sup>9</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pág. 155.

<sup>10</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pág. 155.



embargo, el gobernante estaba obligado a observar los principios de derecho natural y de gentes. Si abusaba de su poder, los súbditos no tenían, por regla general, derecho a revelarse contra él. Solo en casos excepcionales de usurpación o flagrante abuso de poder estaba Grocio dispuesto a reconocer el derecho de resistencia.

## **B) THOMAS HOBBS:**

Parte de supuestos totalmente distintos al de Hugo Grocio. En tanto que éste último creía que el hombre es esencialmente, un ser social y gregario; Hobbes pretendía que era íntimamente egoísta y malvado, señalando, que “en un Estado de Naturaleza todos los hombres estaban en guerra contra todos”<sup>11</sup>, por lo que llamó Derecho Natural al cuerpo de principios que la razón humana imagino para hacer la vida pacífica y segura. Definiendo al mismo, como el dictado de la recta razón que hay en nosotros, acerca de aquellas cosas que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros. Siendo su ley primera y fundamental la búsqueda de paz allí donde pueda encontrarse; sin embargo, para asegurar la paz y hacer que se aplique el Derecho Natural advierte que sería necesario que los hombres hiciesen un contrato mutuo por virtud del cual cada hombre aceptase transferir todo su poder y derechos a un hombre o asamblea de hombres con la condición que todos los demás hiciesen lo mismo. El poder así constituido debe ser omnipotente para que pueda realizar su tarea de mantener la paz, el orden y proteger a los hombres contra los ataques de sus semejantes. Por lo que, tal poder no debe estar obligado a cumplir las leyes civiles por él promulgadas; no debe ser responsable frente a los ciudadanos; y estos no tienen derecho a resistir los mandatos del poder soberano. No obstante, Hobbes no cree que la omnipotencia del soberano excluya la existencia para él de grandes obligaciones de cuyo cumplimiento es responsable ante Dios bajo pena de muerte eterna.

---

<sup>11</sup> En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de Derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la Ley no existe: donde no hay Ley. No hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu (...). Thomas Hobbes. “Leviatán o La Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil”. Fondo de Cultura Económica. México 1987. Pág. 104.

El deber supremo del gobernante – dice Hobbes – es garantizar la seguridad y el bienestar del pueblo y hacer aplicar los principios del Derecho Natural<sup>12</sup>. Asimismo, todo hombre debe gozar sin temor de los derechos que las leyes le conceden.

Hobbes defendió en sus doctrinas políticas y jurídicas una forma de gobierno que puede ser calificado de “absolutismo ilustrado” y que había de prevalecer en muchos países de Europa en el siglo XVIII. La base sociológica de su filosofía era una comunidad formada por individuos iguales, que poseían propiedad privada, vivían del producto de su trabajo y regulaban sus relaciones mutuas por vía contractual, protegidos en su vida y posesiones por un gobierno fuerte. Sin embargo, no se reconocían aún a la vida, la libertad y la propiedad como derechos inalienables, inmunes frente a toda interferencia gubernamental; a pesar de estar sujetos a una regulación benévola por parte del gobierno.

En efecto, es posible discernir de la teoría del Derecho Natural de Hobbes y de su filosofía de los deberes del gobernante elementos claramente individualistas y liberales, pues se trata de un liberalismo cuya realización se confía al monarca absoluto ilustrado, quien ha de ser el guardián fiel del Derecho Natural, quien ha de asegurar la vida, la propiedad y la felicidad de sus súbditos; el bienestar de estos y no el propio engrandecimiento debe constituir su máxima preocupación. Pero no está ligado por ningún freno legal en el ejercicio de sus funciones, ya que los efectos prácticos del Derecho Natural de Hobbes no es nada más que una guía moral para el soberano, en tanto que, en sentido propio, el derecho consiste en los mandatos del soberano.

En conclusión, ambos personajes (Grocio y Hobbes) desarrollaron una doctrina jurídica que veía primordialmente en el Derecho un instrumento para evitar la anarquía política. No dejaron de percibir que el derecho debió ser también una salvaguardia contra el despotismo, y sintieron la necesidad de

---

<sup>12</sup> Thomas Hobbes. Ob. Cit. Pág. 105.

imponer al gobernante, por lo menos ciertas restricciones morales. Pero en conjunto la primera etapa de la doctrina clásica del Derecho Natural, subraya de modo primordial las características que hacen del Derecho un instrumento político eficaz para evitar la anarquía y el caos.

#### **2.3.1.2. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR LA SEPARACIÓN DE PODERES**

El segundo periodo de la historia del jusnaturalismo clásico está caracterizado por un intento de erigir salvaguardias eficaces contra cualquier violación de las normas del derecho natural por parte del gobierno; Convirtiéndose ASÍ, en un instrumento para evitar la autocracia y el despotismo.

##### **A) JOHN LOCKE:**

Suponía que el Estado se hallaba regido por un Derecho Natural que enseñaba al hombre, que siendo todos iguales e independientes nadie debía perjudicar a otro en su vida, salud, libertad o pertenencias. Además, afirmó que para garantizar estos derechos los hombres hicieron un pacto por el cual acordaron unirse a una comunidad y constituir un cuerpo político en el que gobernase la voluntad de las mayorías, EL CONTRATO SOCIAL.

A través de este contrato, cada individuo pactaba con cada uno de los demás la entrega a la comunidad de su Derecho Natural a hacer efectivas las normas del Derecho natural, por lo que tal derecho no se encomendaba a una persona o grupo determinado, sino a la comunidad en su conjunto; consecuente con este criterio Locke, contrario a Hobbes, rechazaba la Monarquía Absoluta como forma de gobierno, proponiendo una Monarquía Constitucional, limitada, tal como había resultado de la gloriosa revolución de 1688.

“El Derecho Natural - decía Locke - permanece como norma eterna para todos los hombres, legisladores y legislados”<sup>13</sup>. Donde el poder legislativo está estrictamente limitado a la persecución de aquellos fines para los que fue

---

<sup>13</sup> Locke, Two Treatises on Government. Editorial Monley. 1884. Lib. II, Capítulo II, Sección 135. (Traducido al español. “Ensayo sobre el Gobierno Civil”. Fondo de Cultura Económico, 1941).

creado el gobierno. El gobierno no debe ejercer un poder absoluto sobre las vidas y fortunas del pueblo, no puede privar a ningún hombre de ninguna parte de su propiedad (entendida esta por Locke, como conservar la vida, libertad y propiedad) sin su consentimiento, no puede transferir o delegar su poder legislativo a ningún otro cuerpo o individuo, y tiene que gobernar “con leyes sancionadas y promulgadas, no en caso particular alguno alterables, sino regla única para el rico y para el pobre, el favorito de la corte o el labrador en su labranza”.

Según Locke, el fin del Derecho no es abolir o limitar, sino conservar y ampliar la libertad. Siempre que la Ley acaba empieza la tiranía. Por lo que tendría que haber alguna autoridad que decida si el legislativo ha transgredido los límites puestos a su poder. En otros términos debe haber alguien que tenga como misión la garantía suprema del Derecho Natural. Surgiendo entre nosotros la siguiente pregunta ¿quién debe ser el encargado de tal función? “Locke no llega en este punto a una conclusión tajante, en determinado pasaje insinúa que el Poder Judicial ha de tener que ser el árbitro final que decida si el Derecho Natural ha sido violado por un acto legislativo”<sup>14</sup>. Por otra parte, al estudiar la separación de poderes dentro del Estado, no menciona el Poder Judicial, y subraya en cambio, el divorcio entre el legislativo y el ejecutivo. Locke reconoce una garantía última del Derecho Natural: todo el pueblo, que puede desplazar a su legislativo e incluso resistir al gobierno, en caso de quebrantamiento flagrante del fideicomiso. Debe suponerse tal quebrantamiento, según Locke “si el gobierno ha invadido injustamente la propiedad de los súbditos o se ha hecho dueño arbitrario de las vidas y libertades del pueblo”<sup>15</sup>.

## **B) MONTESQUIEU:**

---

<sup>14</sup> La autoridad legislativa o suprema no sabrá asumir por sí misma el poder de gobernar por decretos arbitrarios improvisados, antes deberá dispensar justicia y decidir los derechos de los súbditos mediante leyes fijas promulgadas y jueces autorizados y conocidos. Pues por no ser inscrito el Derecho Natural y así imposible de hallar en parte alguna salvo que los espíritus de los hombres, aquellos que por pasión o interés malamente lo adujeren o aplicaren, no podrán con facilidad ser persuadidos de su error, donde no hubiese juez establecido. Locke. Op. Cit. Cap. 11. Sec. 136.

<sup>15</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 171-172.

Ofrece el complemento necesario a la filosofía jurídica de John Locke; pues la combinación de las dos doctrinas representa la forma más alta y desarrollada que llegó a alcanzar el Derecho Natural en el periodo clásico. Locke elaboró una teoría admirablemente clara y consistente del Derecho Natural, pero descuidó el estudio de un sistema político mediante el cual se garantizase efectivamente la observancia del Derecho Natural. Por el contrario, Montesquieu se preocupó muy poco del Derecho Natural, sin embargo, estaba de acuerdo con Locke en que la libertad humana era la meta suprema que podía alcanzar una nación y su filosofía política constituyó un intento de idear un sistema de gobierno bajo el cual pudiera obtenerse la libertad y asegurarla, y una vez conseguida, del modo eficaz posible<sup>16</sup>. Solo puede esperarse que realice tal función – decía Montesquieu – “un sistema que elimine todas las posibilidades de abuso de poder”<sup>17</sup>. Para evitar tal abuso es necesario que el poder se vea contrapesado por el poder. Desde el punto de vista de la libertad de los ciudadanos la forma más segura de gobierno será aquella en la cual los tres poderes (el legislativo, el ejecutivo y el judicial), estén estrictamente separados y cada uno de ellos limite a los otros dos; por ese medio se evitara una extensión indebida del poder del gobierno en general.

Como muchos autores afirman la combinación de la teoría del Derecho Natural de Locke con la doctrina de separación de poderes de Montesquieu forma la base filosófica del sistema de gobierno norteamericano. La teoría de Locke se refiere a la sustancia de la libertad, en tanto que la de Montesquieu está en relación con la garantía. La idea básica de la Declaración de Independencia norteamericana, así como la de la Carta de Derecho es el reconocimiento de los Derechos Naturales e inalienables a la vida, libertad y propiedad, en la forma en que los concibió Locke, en tanto que el cuerpo principal de la Constitución de los Estados Unidos es una aplicación práctica de la doctrina de separación de poderes de Montesquieu. La conexión de ambas doctrinas la realiza en el sistema norteamericano de gobierno la doctrina de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación.

---

<sup>16</sup> Según Montesquieu el Derecho Natural consiste meramente en los instintos naturales de la humanidad que todo derecho positivo debe tomar en cuenta. Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 172.

<sup>17</sup> *Esprit des Lois*, Lib XI, Cap. 4, citado por Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 173.

### **2.3.1.3. EL DERECHO NATURAL GARANTIZADO POR LA MAYORIA**

En Estados Unidos fue aceptada la idea de que el Derecho Natural sólo podía ser garantizado seguramente por la rama judicial del gobierno, en Inglaterra y en Francia no logro prevalecer, ya que, en ambos países se reconoció generalmente en los siglos XVII y XVIII la existencia de un Derecho Natural, pero la idea de ese Derecho Natural solo podía ser protegido contra toda clase de violaciones mediante una estricta separación de poderes, que no gano en ellos terreno, ni en la teoría ni en la práctica.

**A) En Inglaterra** hubo una época en la que un eminente jurista defendió elocuentemente la idea de la supremacía del Derecho Natural sobre el poder político. Sir Edward Coke, uno de los más grandes jueces ingleses, sostuvo que hay un Derecho Natural inmutable, que ningún parlamento podía alterar. Creía que los tribunales del Common Law tenían autoridad superior al rey y al parlamento y que una ley del parlamento que contraviniese las reglas reconocidas del “común derecho y razón” era totalmente nula y el juez no debía tomarla en cuenta.

Los acontecimientos políticos de los siglos posteriores operaron en contra de la teoría de Coke. Cuando Sir William Blackstone, escribió sus famosos comentarios sobre las leyes de Inglaterra, la doctrina de la supremacía parlamentaria se había impuesto ya sobre la teoría de la supremacía judicial de Coke. Debido a que en la teoría de Blackstone se advertía que “el poder del parlamento es absoluto y no está sometido a control”. Esta doctrina prevalece en Inglaterra hasta hoy. Sus derivaciones son claras: confía la aplicación del Derecho Natural a la prudencia de la mayoría parlamentaria, con la esperanza de que las normas del Derecho Natural actúen como restricciones morales a la omnipotencia del parlamento<sup>18</sup>.

**B) En Francia** se llego a resultados semejantes a los producidos en Inglaterra, se debía garantizar el Derecho Natural colocando su aplicación en

---

<sup>18</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 179.

manos de la mayoría, pero no era a la mayoría de un cuerpo legislativo, sino a la mayoría del pueblo entero a la que había de confiarse la guardia y custodia del Derecho Natural; por ende, el problema político fundamental era hallar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado y, por la cual uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y quede tan bien como antes. Para conseguir esta finalidad cada individuo tiene que entregar, sin reservas a la comunidad entera, mediante un CONTRATO SOCIAL, todos sus derechos naturales. Parece que al traspasar todos sus Derechos Naturales a la comunidad, los ciudadanos quedaban privados de su libertad. Pero Rousseau negaba decididamente esta consecuencia. Sostenía que la pertenencia del Estado, bajo las condiciones del contrato social, no destruye la libertad e igualdad originalmente del individuo. Dándose cada cual a todos, no se da a nadie, y como no hay ningún asociado sobre quien no adquiriera el mismo derecho que le cede sobre sí, se gana el equivalente de lo que se pierde y una fuerza mayor para la conservación de lo que se tiene. En vez de llevar una vida incierta y peligrosa, el hombre consigue, por medio del CONTRATO SOCIAL, seguridad, libertad y una garantía de su propiedad. No está sujeta a ningún otro individuo, sino a la voluntad general, es decir, la voluntad de la comunidad. El verdadero soberano es la voluntad general. Pues según Rousseau la voluntad general tiene siempre razón, aunque el juicio que le guie no sea siempre ilustrado. El poder legislativo se encomienda siempre al pueblo exclusivamente, no a un organismo representativo como es el parlamento. El pueblo constituido en cuerpo político no puede enajenar su soberanía, ni puede esta ser dividida o limitada. La Ley es un decreto de todo el pueblo para todo el pueblo. Esto quiere decir que la Ley no puede ser dirigida a un hombre u objeto en particular. Una Ley no puede nunca regular un caso específico, todo acto de soberanía tiene que obligar o favorecer a todos igualmente<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Es interesante la definición de igualdad que Rousseau. Dice: "No ha de entenderse que esta palabra que los grados de poder y riqueza sean absolutamente los mismos para todos, sino que el poder esté por encima de toda violencia y no ejerza nunca más que en virtud del rango y las leyes; y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro y ninguno tan pobre que se vea precisado a venderse. Rousseau. "Contrato Social". Traducción Española de Fernando de los Ríos, Universal, Calpe. Madrid 1929.

Otro postulado que Rousseau advierte, es que el gobierno es simplemente una comisión para ejecutar la voluntad general. No hay contrato entre el pueblo y el gobierno, tal como habían interpretado Hobbes, y Locke. Expresado en términos jurídicos no es sino un mandato que puede ser revocado, limitado o modificado a voluntad del pueblo soberano. Los depositarios del poder público no son amos del pueblo, sino funcionarios suyos; sin embargo, ante el despotismo llevado a cabo en el siglo XIX en Francia, estas ideas ejercieron una gran influencia sobre las doctrinas políticas de la revolución francesa. El efecto de esas ideas sobre la política de Francia puede verse aun en la estructura constitucional de la actual república francesa en la que la protección de los Derechos Naturales esta confiada al legislativo. Debe recordarse, sin embargo que Rousseau rechaza la idea de una democracia representativa, es decir, una forma de gobierno donde gobernase el pueblo mediante representantes elegidos por él. Defendía en cambio la democracia pura o directa en la que el pueblo ejerce por sí mismo función legislativa.

**C) En Alemania,** las teorías políticas de Rousseau ejercieron una gran influencia sobre el gran filosofo Alemán Immanuel Kant, que al igual que Rousseau, consideraba la libertad como un derecho innato y natural del individuo. Este derecho básico comprende en sí mismo la idea de la igualdad formal, porque postula que todo hombre es independiente y su propio amo. La dignidad de la persona humana exige que nadie pueda usar a otro hombre como medio para alcanzar sus propósitos objetivos propios; todo ser humano debe ser tratado siempre como un fin en sí. Kant definía el Derecho como “el conjunto de condiciones bajo los cuales el arbitrio de un individuo puede coexistir con el arbitrio de otro individuo bajo una ley general de libertad”.

La teoría del Estado de Kant, corresponde en gran parte a la de Rousseau. Kant reconocía el contrato social como un postulado de razón, aunque admitía que desde el punto de vista histórico era una hipótesis no demostrada. Consideraba al Estado como una unión de una pluralidad de hombres bajo leyes jurídicas. En su opinión la única función del Estado es garantizar el cumplimiento del Derecho, el Estado no debe interferir



innecesariamente en las actividades de los individuos; debe limitarse a garantizarles el goce de sus Derechos.

Kant subrayo el principio de separación de poderes y reconoció la existencia de un Poder Judicial, al lado del legislativo y el ejecutivo, no atribuía a aquel el derecho de examinar la validez de la legislación. Así en la práctica al menos, atribuía la coacción directa únicamente al Derecho positivo. Por esta razón, debe ser considerado en el grupo de los autores que ven en la voluntad de una mayoría legislativa la única garantía del mantenimiento del Derecho Natural.

#### **2.3.1.4. RESULTADOS PRÁCTICOS DE LA ESCUELA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL**

Una vez analizada las diferentes etapas de la Escuela Clásica del Derecho Natural, es factible comprender como se preparó el terreno para el orden jurídico de la civilización moderna, sentando las bases jurídicas en el cual debe enmarcarse un verdadero Estado de Derecho.

Dentro de los aportes prácticos de la referida escuela encontramos lo siguiente:

- Crearon los instrumentos jurídicos sobre los cuales pudo lograrse liberar al individuo de las ligaduras medievales.
- Contribuyeron a la abolición del vasallaje y la servidumbre.
- Ayudó a destruir los gremios y las restricciones medievales al comercio y la industria.
- Libero la propiedad territorial sobre de las cargas feudales.
- Creó la libertad de circulación y de elección de profesión.
- Inauguró una nueva era de libertad religiosa y espiritual.
- Purgó el derecho penal y su procedimiento de sus defectos más importantes al abolir la tortura y humanizar el castigo.
- Trato de conseguir la seguridad legal para todos y apadrino el principio de igualdad ante la Ley.
- Elaboro los principios generales del Derecho Internacional.
- Otro resultado práctico fue el fuerte movimiento en pro de la legislación.

- Consiguieron esclarecer los elementos constitutivos, los ingredientes indispensables de todo sistema jurídico maduro y desarrollado.
- Cada uno de ellos aportó una o varias de las piedras empleadas en la erección del edificio de la moderna cultura occidental.

Sin embargo, los principios y lineamientos planteados por la referida escuela, también fueron blancos de críticas, al considerar que los métodos adoptados por estos filósofos para enfocar el derecho estuvieron, con frecuencia caracterizados por una simplicidad ahistorica y por la adopción de supuestos arbitrarios. Además, fueron emplazadas por representantes de la Escuela Histórica y el Positivismo jurídico. Los juristas historicistas negaban la existencia y la posibilidad de un derecho racional e inmutable, escrito en las estrellas, y trataron de explicar el derecho por referencia a su origen y desarrollo históricos. Los juristas positivistas y analíticos trataron de limitar el campo de la teoría jurídica a un análisis técnico del derecho positivo, establecido y aplicado por el Estado.

### **2.3.2. CRÍTICAS A LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL**

Desde mediados del siglo XIX, hasta inicios del XX, la teoría del Derecho Natural sufrió un eclipse prolongado. Fue desplazada por el Historicismo y el Positivismo jurídicos, los juristas historicistas negaban la existencia y la posibilidad de un Derecho racional e inmutable, escritos en las estrellas y trataron de explicar el Derecho por referencia a su origen y desarrollo histórico. Los juristas positivistas y analíticos trataron de limitar el campo de la teoría jurídica un análisis técnico del Derecho positivo, establecido y aplicado por el Estado.

La idea de un Derecho superior basado en la naturaleza o la razón y superior a todo el Derecho positivo promulgado por el Estado tendió a desaparecer de la ciencia del Derecho y de la filosofía jurídica.

#### **2.3.2.1. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO**

Dentro de los máximos representantes encontramos a Savigny y Puchta, quienes consideraban el Derecho como producto, en primer lugar, del carácter nacional y el espíritu peculiar de un pueblo. Por lo que esta teoría concibe al derecho como un producto de desarrollo lento y evolución histórica, y no como un producto de la razón y de la acción voluntaria humana (Escuela Jusnaturalista).

“(...) Cuando el racionalismo y el Derecho Natural culminó en Europa con la Revolución Francesa en 1789. Se produjo en toda Europa una reacción contra sus premisas racionalistas, tratando de edificar un nuevo orden, basado en los principios de libertad e igualdad que los propios defensores del Derecho Natural habían proclamado postulados eternos de la razón y de la justicia. Tal fue así que en Inglaterra y Alemania (los dos países que resistieron, y en cierta manera frustraron, los intentos de extender a toda Europa las ideas de la revolución Francesa). Cobro vigor el movimiento contra el racionalismo ahistórico de los precursores de la revolución. Se subrayaron y propagaron ideas conservadoras basadas en la historia y tradición. En el campo de la filosofía y el derecho, este movimiento significó la acentuación de la historia del derecho y la tradición jurídica, frente a los intentos especulativos de implantar un derecho natural. Se investigó y estudio a fondo la historia del derecho y se pusieron frenos al celo de los reformadores jurídicos. Fue en ese periodo cuando la investigación científica de las fuerzas modeladoras del derecho comenzó a remplazar las especulaciones racionalistas acerca de la naturaleza ideal, los fines y objetivos sociales del derecho (...)”<sup>20</sup>.

**A) En Inglaterra** se denunció los excesos de la revolución y subrayó el valor de la tradición y su desarrollo gradual. Protestó contra la alteración irreflexiva del orden jurídico y político del pueblo francés y señaló la historia, el hábito, la religión como los verdaderos guías de la acción social.

**B) En Alemania** se produjo una reacción aún más fuerte contra los principios racionalistas y cosmopolitas de la revolución francesa. Se desarrollo

---

<sup>20</sup> Edgar Bodenheimer. Op. Cit., Pag. 270-271.

un movimiento antirracionalista, de carácter romántico, irracional y vehementemente nacionalista que encontró expresión en la literatura, el arte y la teoría política, en la esfera del derecho este movimiento estuvo representado por la escuela histórica, cuyo expositor más destacado fue Karl Von Savigny, que tuvo como discípulo más distinguido en Georg Friedrich Puchta. “Para Savigny el derecho debe su origen a la universal creencia del pueblo, sus verdaderas fuentes eran la fe popular, la costumbre, el carácter peculiar de una nación, el espíritu del pueblo. Así también, advierte que en cada pueblo se desarrollan ciertas tradiciones y costumbres que por ser practicas, continuas, acababan por convertirse en normas jurídicas. Solo por medio de un estudio cuidadoso de esas tradiciones y costumbres puede encontrarse el verdadero contenido del Derecho”<sup>21</sup>.

Por su parte Puchta considera que la génesis o desarrollo del derecho, partiendo del espíritu del pueblo, es un proceso invisible ¿quién será capaz de emprender la tarea de seguir los caminos por medio de los cuales surge en un pueblo una convicción; como germina, crece, prospera y se desarrolla? Lo que vemos es solo el producto, tal como ha surgido del oscuro laboratorio en el que ha sido preparado y que le ha dado realidad.

Por consiguiente, es factible concluir que para sentar las bases jurídicas en el cual debe enmarcarse un verdadero Estado de Derecho, es necesario recurrir a las fuentes históricas como son la costumbre, el carácter peculiar de una nación, el espíritu del pueblo, solo por medio de un estudio cuidadoso de esas tradiciones y costumbres puede encontrarse el verdadero contenido del Derecho<sup>22</sup>.

#### **2.3.2.2. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE EVOLUCIÓN CULTURAL**

---

<sup>21</sup> Savigny, De la Vocación de Nuestro Siglo Para la Legislación y la Jurisprudencia, trad. Ingl. Hayward (1831), Pág. 30 (Trad. Español. La España Moderna. Madrid S.A. Prologo de A. Posada.)

<sup>22</sup> Hay una única semejanza entre ambas doctrinas, consistente en el hecho de que los dos tienen carácter metafísico y no empírico. La teoría del Derecho Natural es metafísico, porque en la existencia de leyes eternas e inmutables, que gobiernan la realidad. La escuela Histórica es metafísica porque supone que el Derecho es moderado por fuerzas silenciosas, secretas e inescrutables, que solo pueden ser aprehendidas por procesos intuitivos y no por la razón.

Fue en esta época donde dieron múltiples tentativas de descubrir las leyes generales que determinan las relaciones entre el orden jurídico y el cultural. Algunos de esas tentativas se han desarrollado en el campo de la especulación metafísica: los hombres se han preocupado por descubrir los principios últimos que operan más allá de la realidad. Entre los cuales tenemos como máximo exponente al filósofo Alemán Georg Wilhelm Friedrich Hegel, quien estaba de acuerdo con los filósofos del periodo jusnaturalista en que la razón era lo que gobernaba el mundo; pero para él la razón no era el concepto absoluto e inmutable de la escuela del Derecho Natural; el filósofo Alemán no creía en la existencia de leyes eternas e inmutables. El portador de la razón en el sistema hegeliano no era el individuo abstracto, sino la historia; Hegel veía en la historia una corriente continua que eleva en su avance, las individualidades únicas y que esta modelando constantemente las estructuras individuales sobre la base de una ley siempre nueva.

La nueva idea que desarrollo, y que había de cobrar una importancia de gran alcance en la historia de la filosofía jurídica, era la idea de la evolución. Pues, según Hegel todas las manifestaciones, incluidas el derecho, son producto de un proceso dinámico de evolución, este proceso adopta una forma dialéctica; se revela mediante una sucesión de tesis, antítesis y síntesis. El espíritu humano establece una tesis, que se convierte en la idea rectora de una época determinada, contra esa tesis se eleva una antítesis, y de la lucha de ambas ideas resulta una síntesis que tiene elementos de las dos y las concilia en el plano más elevado. Este proceso se repite en la historia una y otra vez.

### **A) HEGEL**

Para Hegel la gran idea que hay tras la historia es la realización de la libertad; por lo que considero que al Estado y al Derecho como los instrumentos más nobles para la autorrealización de este objetivo. Hegel no separaba al Derecho del Estado, como habían hecho muchos de los filósofos jusnaturalistas; ambos estaban para él inseparablemente conexos. Para Hegel el Estado es la realidad de la idea moral, y la encarnación de la razón; es la síntesis de la voluntad colectiva u objetiva y la voluntad individual subjetiva. A su juicio la libertad individual y el derecho solo pueden realizarse dentro del Estado. El estado

debe reconocer al individuo una esfera libre, garantizándole la propiedad privada, la libertad contractual y el derecho a formar una familia. Pero el individuo ha de considerar como su más alto privilegio el ser miembro del Estado, al que servirá devotamente por propia y libre voluntad. Es Estado y sus ciudadanos deben perseguir un común ideal que será distinto según cuál sea la etapa alcanzada por el espíritu universal.

## **B) SUMMER MAINE:**

La nota evolutiva que caracteriza la filosofía del derecho de Hegel forma también el núcleo de la teoría del gran pensador inglés. El principio evolutivo que Maine veía realizado en la historia del derecho era de naturaleza metafísica, el desarrollo de la idea de libertad. Por lo que considera que la madurez de una civilización se pone de manifiesto con la aparición del individuo libre, independiente y autodeterminado como unidad primaria de la vida social.

“Dentro de los aportes que Maine elaboro, se encuentra su teoría de la secuencia de fenómenos en el desarrollo general del derecho y la legislación. Sostenía que, en el periodo más antiguo, el derecho era creado por los mandatos personales de los gobernantes patriarcales, a quienes los súbditos creían inspirados por la divinidad. Siguió después el derecho consuetudinario, interpretado y aplicado por una aristocracia o pequeña clase privilegiada, que pretendía el monopolio del conocimiento jurídico. El tercer estadio lo marcaba la fijación por escrito de esas costumbres en códigos. La cuarta etapa consistía en la modificación del derecho arcaico estricto por la fijación, la equidad y la legislación; esos instrumentos están destinados a poner el derecho en armonía con una sociedad progresiva. Finalmente la jurisprudencia científica teje con todas estas formas de derecho un todo coherente y sistemático”.

Como apreciamos Maine quería indicar ciertas tendencias y direcciones generales del desarrollo de la evolución del derecho. La investigación moderna ha mostrado que en conjunto, su intento de trazar las líneas fundamentales de una “historia natural” del derecho es notablemente acertada.

### **C) HERBERT SPENCER:**

Llego a resultados muy similares a los alcanzados por Hegel y Maine. Consideraba el derecho y la civilización como productos de la evolución biológica, orgánica con la lucha por la existencia y la supervivencia de los más aptos, como factores determinantes. Asimismo, distinguía en el desarrollo de la civilización dos estadios principales: una forma primitiva o militar de la sociedad, con la guerra, la coacción y el status como instrumentos de regulación; y otra forma superior donde la paz, la libertad y el contrato eran las características dominantes. La segunda etapa será caracterizada por una declinación creciente de las funciones del gobierno en interés de libertad individual. El concepto de justicia según Spencer: “todo hombre es libre de hacer lo que quiera, con tal de que no infrinja la libertad igual de ningún otro hombre”<sup>23</sup>.

A manera de síntesis Hegel, Maine y Spencer tiene una idea en común la de que una civilización progresiva va acompañada de un desarrollo de la libertad política. En sus sistemas filosóficos, progreso y libertad están íntimamente aliados, aunque no coincidían sus opiniones acerca del contenido de esa libertad ni respecto a los modos de garantizarla. Los tres están convencidos de que el Derecho es producto de la evolución cultural y comparte las fluctuaciones generales a que están sujetas las civilizaciones humanas.

#### **2.3.2.3. EL POSITIVISMO ANALÍTICO**

El matemático y filósofo francés Augusto Comte, al que se le puede considerar como fundador del positivismo moderno, distinguía tres grandes etapas o estados en la evolución de la humanidad. Hay un primer Estado teológico, en el cual todos los fenómenos son explicados por referencia a causas sobrenaturales y a la intervención de seres divinos. El segundo es el Estado metafísico, en el cual el pensamiento recurre a principios e ideas que son concebidos como existentes más allá de la superficie de las cosas y como constitutivos de las fuerzas reales que actúan en la evolución de la humanidad. El tercer y último es el positivismo, que rechaza todas las construcciones

---

<sup>23</sup> Spencer. “Justice”. 1891. Pág. 46. Spencer afirma que no conocía las obras de Kant cuando formuló su concepto de justicia.

hipotéticas en filosofía, historia y ciencia y se limita a la observación empírica y la conexión de los hechos, siguiendo los métodos utilizados en las ciencias naturales<sup>24</sup>.

A mediados del siglo XIX, se produce un fuerte movimiento contrario a las tendencias metafísicas de los siglos precedentes. El positivismo se aleja de las alturas más elevadas del espíritu y trata de analizar los hechos inmediatos de la realidad. La base de tal concepción no la había preparado el éxito inmenso logrado en el dominio de las ciencias naturales durante la primera mitad del siglo XIX. Este éxito produjo una fuerte tentación de aplicar al campo de las ciencias sociales - incluyendo la jurídica - los métodos empleados de las ciencias naturales. En el campo de la teoría jurídica asumió varias formas que pueden ser clasificados, en dos grupos: positivismo analítico y positivismo sociológico.

La jurisprudencia analítica se ocupa del análisis e interpretación de las reglas jurídicas efectivas, establecidas por los órganos del Estado. Concibe el derecho como un poder gubernamental, como un mandato del soberano. Su objetivo principal es clasificar las reglas jurídicas positivas, mostrar su conexión e interdependencia dentro del marco social del sistema jurídico y definir los conceptos generales de la ciencia del derecho.

El positivismo sociológico, de otro lado, emprende la tarea de investigar y describir las varias fuerzas sociales que ejercen una influencia en el desarrollo del derecho. Analiza no las reglas jurídicas en cuanto tales, sino los

---

<sup>24</sup> Esta celebre "Ley de los tres Estados" aunque criticable como interpretación general de la evolución humana, es útil para poner de manifiesto el desarrollo del pensamiento humano desde comienzos de la edad media hasta mediados del siglo XIX. Por lo que se refiere al campo de la filosofía jurídica, hemos visto que la interpretación del Derecho de la Edad Media estaba fuertemente determinada por consideraciones teológicas; ponía al Derecho en conexión con la revelación divina y la voluntad de Dios.

El periodo que va desde el renacimiento hasta aproximadamente mediados del siglo XIX puede ser calificado de período metafísico de la filosofía jurídica. La doctrina clásica del derecho natural, lo mismo que las filosofías históricas del Derecho sostenidas por Savigny, Hegel y Marx se caracterizaron por un fuerte elemento metafísico. Estas teorías trataron de explicar la naturaleza y el significado del Derecho por referencia a ciertos principios últimos, concebidos como operantes más allá de la superficie empírica de las cosas.



factores que las producen. Considera únicamente las reglas positivas que han producido los poderes que en la sociedad crean el derecho, investigando si origen sociológico, sin embargo, antes de entrar al estudio de la escuela analítica del derecho es necesario resaltar a dos importantes pensadores que pueden ser considerados, como precursores del positivismo jurídico. El reformador y filósofo del derecho Jeremy Bentham en Inglaterra y el jurista Rudolf Von Jhering en Alemania.

La filosofía de Bentham puede calificarse de utilitarismo individualista. La varilla medidora de Bentham es el principio de utilidad, por medio del cual trata de juzgar cualquier acción humana. Define al principio de utilidad como “aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción según la tendencia que parezca tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está envuelto en aquella acción”. Este principio debe ser la guía de la legislación. Postula que la felicidad del pueblo debe ser la aspiración suprema del legislador. El legislador que desee asegurar la felicidad de la comunidad debe luchar por conseguir la subsistencia, la abundancia, la igualdad y la seguridad, de estos cuatro objetivos de la regulación jurídica, el principal y fundamental es la seguridad. Por lo que puede concluir que para Bentham, el objetivo principal de la regulación jurídica no sea la libertad, sino la utilidad y la seguridad.

Para Jhering el Estado es el portador de la fuerza coactiva organizada y disciplinada. Es la institución que tiene el monopolio absoluto del derecho a obligar. Asimismo, señala que el Estado y el Derecho se encuentran inseparablemente conexos, para Jhering el Estado es la única fuente de derecho. Pero, el referido autor también advierte que no todos los imperativos de la fuerza del Estado son normas jurídicas, hay que hacer una distinción entre imperativos concretos y abstractos; solo los últimos deben ser calificados de normas jurídicas; los mandatos particulares no son normas jurídicas; el concepto de derecho implica un elemento de generalidad, uniformidad e igualdad. Por lo que considera que el Derecho es en gran parte una acción del poder estatal, dirigida intencionalmente a un cierto fin. El fin o propósito de la regulación jurídica es la seguridad de las condiciones de la vida social.

#### **2.3.2.4. LA ESCUELA ANALÍTICA:**

El fundador de la escuela analítica en Inglaterra fue Jhon Austín, como Bentham, mantuvo una filosofía utilitarista de la vida. El principio de utilidad le parecía la prueba decisiva del derecho, sin embargo, en contraste con Bentham, Austín trazo una línea tajante entre la ciencia del derecho y la ciencia de la ética. Respecto a la ciencia del derecho considero que debe de ocuparse meramente del derecho tal y como es; mientras que el legislador o el filosofo interesado en problemas éticos debe preocuparse por el derecho que debe ser; pues el derecho positivo en opinión del jurista analítico, es completamente distinto del derecho justo o ideal. El derecho positivo es un mandato del soberano. Por lo que se evidencia que Austín estuvo influenciado por Hobbes y Bentham, que defendieron también una teoría imperativa del derecho, considerando que el Estado se encuentra por encima del derecho y es superior a él.

Como reacción a esta corriente Hugo Krabbe y León Duguit, inspirados en los jusnaturalistas (Grocio, Locke y Wolf), advirtieron que la idea moderna del Estado reconoce la autoridad impersonal del Derecho como poder gobernante de la vida social humana. No es la voluntad del soberano, sino la convicción jurídica del pueblo la que le da fuerza obligatoria al derecho positivo. Por lo que ningún derecho puede ser válido si no es conforme al sentimiento jurídico que prevalece en la comunidad. El sentido jurídico del pueblo es la única fuente de todo derecho.

#### **2.3.2.5. TEORIA PURA DEL DERECHO:**

La Teoría Pura del Derecho es un intento de eliminar de la jurisprudencia todos los elementos no jurídicos. Derecho y Estado deben ser entendidos como pura realidad jurídica, y las disciplinas extrañas, como psicología, sociología y ética, han de ser desterradas de la ciencia jurídica. Kelsen admite que el derecho puede, e incluso debe, ser objeto de estudio sociológico, pero este estudio sociológico del derecho no tiene nada que ver con la jurisprudencia en el verdadero sentido de la palabra.

Además, Kelsen definió la Ciencia del Derecho como el conocimiento de las normas, entendiendo por norma un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer de un determinado acto debe ser seguido de una medida coactiva por parte del Estado. En otros términos, una norma significa que en determinadas circunstancias, el Estado ejercerá una acción coactiva para obligar una conducta determinada, es en esencia un orden coactivo exterior. Este orden recibe su unidad del hecho de que todas las múltiples normas de que se compone el sistema jurídico pueden ser referidas a una fuente última. Esta fuente es la norma básica o fundamental, idéntica a la Constitución Política del país. La coacción se ejerce de acuerdo con los métodos y condiciones prescritas en la norma fundamental.

Respecto al Estado y al Derecho, Kelsen afirma que “son totalmente idénticos, sin embargo, no son dos aspectos del mismo fenómeno. Debido a que, todo acto del Estado es a la vez un acto jurídico, y que toda definición del Estado es a la vez una definición del Derecho”<sup>25</sup>. Por lo que, bajo la lógica de Kelsen, no supone la más mínima diferencia que el Estado de que se trate sea autocrático o democrático, que sea Estado de Poder o Estado de Derecho, es un Estado de Derecho.

Por consiguiente, al entender al poder del Estado como la suma total de normas coactivas validas en una sociedad dada lo mismo que para el derecho, es totalmente injustificable hablar de un dualismo entre Estado y Derecho; sin embargo, algunos críticos a esta teoría han señalado que para poder comprender la naturaleza y significado de la teoría positivista del Derecho, resulta necesario estudiar sus raíces históricas, recurriendo para ello, al campo de la historia jurídica, el estudio de los derechos primitivos y antiguos, la investigación de la historia jurídica, las costumbres de los pueblos, la creencia de la ley eterna de la naturaleza, basada en la razón y en la libertad e igualdad humana. Además, se ha criticado la teoría imperativa del derecho planteada por Kelsen, al considerarse que el carácter coactivo del derecho se realiza

---

<sup>25</sup> Kelsen Hans. “Teoría General del Derecho y del Estado”. Traducido por Eduardo García Maynes. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1995. Pág. 215.

mejor en el régimen autoritario que en un régimen democrático, ya que este es un instrumento excelente para uso de un tirano que puede justificar con ello su régimen despótico como orden jurídico, obstruyéndose toda auténtica comprensión de la naturaleza del derecho.

### **III. LA AFIRMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y SU EVOLUCIÓN**

Gracias a los aportes de la Escuelas del Derecho natural y de las Escuelas contrarias a la posición estática del Derecho, Giuseppe de Vergottini advierte de una característica esencial, que comportaba una neta antítesis con el absolutismo afirmado en los siglos precedentes en los Estados Nacionales Europeos, era la limitación del absolutismo del soberano y la conquista de un sistema de garantías frente al poder político, a título ejemplificativo pueden recordarse las autonomías municipales en la edad media, la presencia en toda Europa de asambleas y concejos representativos de los estamentos (clero, nobleza, burguesía), el valor de garantía atribuido a las costumbres constitucionales, el mantenimiento de cierta autonomía de los jueces del poder político, vinculándose la interpretación judicial a las antiguas costumbres del reino. También fue cierta la limitación de los abusos del absolutismo, merced a la concepción cristiana del valor de la persona humana, mientras que la lucha por la libertad religiosa en muchos países europeos sirvieron de premisa a las más amplias libertades políticas<sup>26</sup>.

Estos aportes indican cómo, durante el absolutismo, subsistieron áreas parcialmente libres de la injerencia del soberano, mientras ya existían algunos instrumentos de limitación de poder. En este último, se reveló determinante la función de las asambleas: a través del poder de votación de los fondos y de la autorización de las contribuciones fiscales exigidas por el rey, intentaron cierto condicionamiento de la orientación del soberano y de sus fiduciarios.

Por su parte la burguesía urbana y la nobleza rural se fueron consolidando logrando salvaguardar la autonomía tradicional de las ciudades y valorar la función de las asambleas. El parlamento se convierte, durante el siglo

---

<sup>26</sup> Giuseppe de Vergottini. "Derecho Constitucional Comparado". Segunda Edición, Editorial Espasa-Calpe S.A. Madrid 1985. Traducción e Introducción por Pablo Lucas Verdú Pág. 214.

XVII, en el centro de un dramático enfrentamiento entre el rey y los miembros de las dos cámaras: el poder absoluto se va limitando progresivamente; nace el gobierno parlamentario con el alejamiento del rey de la lucha política y la atribución del poder gubernativo a un grupo de personalidades políticas que contaban con la confianza del parlamento.

En el siglo XVIII la limitación de poder era una realidad en Inglaterra, mientras que en el resto de Europa persistía la monarquía absoluta, a menudo en la versión ilustrada del Estado de Policía se afirmaba que la función del soberano consistía en garantizar el bienestar de sus súbditos.

La Revolución de las trece colonias americanas contra el dominio inglés (Declaración de Independencia 1776) derivada de la exigencia de la emancipación económica asumió el carácter político de lucha de una nueva sociedad liberal contra la vieja sociedad monárquica y autocrática, interesando así a Europa.

La Revolución Francesa de 1789, alteró el equilibrio de los estados europeos, difundiendo los principios – guía de la libertad y de la igualdad. Introdujeron regímenes de tipo oligárquico que se prolongaron en el continente europeo y en los países iberoamericanos, donde la burguesía, única interprete de la nación y única representada de los órganos constitucionales, mediante la restricción del sufragio, excluía a los estantes componentes nacionales del ejercicio del poder político. De todos modos el constitucionalismo liberal se difundió siguiendo el proceso de industrialización y la expansión de las clases medias comerciales, profesionales, burocráticas.

Los principios que hizo suyo el Estado Liberal son fruto de un secular proceso formativo que ha procedido a las realizaciones constitucionales: las luchas por la libertad religiosa, la función de los parlamentos, las autonomías municipales tradicionales, las elaboraciones doctrinales encaminadas a limitar el poder absoluto, eran ya patrimonio de la cultura política y jurídica europea.

El principio de igualdad política se planteaba como reacción a las posiciones de privilegio hereditario de la nobleza monárquica: el principio de libertad tendía a garantizar al ciudadano frente a las injerencias y abusos del poder político (libertad de pensamiento, de expresión, de detenciones inmotivadas, de domicilio, de circulación, etc. las llamadas libertades civiles), como asimismo procuraba garantizarles la participación en la vida pública (libertad de asociación, manifestaciones, reuniones etc.: las llamadas libertades políticas).

“Los derechos de libertad y de igualdad asumían, sobre todo carácter jurídico: el objeto de tales pretensiones consistía en una expectativa legalmente disciplinada que eliminase los obstáculos jurídicos para su uso. Desde el punto de vista económico, la burguesía tenía la disponibilidad suficiente para gozar de estos derechos, una vez legalmente garantizados. Además, es característica suya que supone una prohibición al poder político para intervenir en la esfera privada. La aspiración era que el Estado adoptase una postura pasiva respecto a la libertad de acción de los particulares. Las libertades económicas se concebían del mismo modo: plena autonomía de los titulares de los derechos y ausencia de intervenciones públicas disciplinando la economía. La propiedad privada de los medios de producción y de consumo fue declarada “Sagrada e Inviolable”, la libertad de empresa se emancipó de la disciplina de las corporaciones y también del Estado: La libertad de comercio se limitó únicamente mediante las leyes de la concurrencia en el mercado”<sup>27</sup>.

En el mismo momento en que el estado liberal consolidaba su triunfo sobre el absolutismo monárquico y sobre las instalaciones conservadoras, tuvo que enfrentarse con la amenaza surgida de la ideología socialista y de la organización de las clases populares excluidas, sustancialmente del poder político. La revolución francesa de 1848 que llevo luego por reacción a la dictadura de Luis Napoleón, contemplo, por primera vez, el papel activo del proletariado.

---

<sup>27</sup> Giuseppe de Vergottini. Ob. Cit. Pág. 215-216.

“El Estado liberal, aunque combatió el socialismo, recibió algunos valores de ésta. Se percató de la evidente discrepancia entre los principios formales en el tema de la igualdad y de las libertades políticas y sus concretas posibilidades de ejercicio. Extendió, progresivamente el derecho del voto hasta alcanzar la universalidad del sufragio y reconoció los derechos económicos y sociales. Cambio, radicalmente, la actividad de los poderes públicos en el punto fundamental de las relaciones Estado – Ciudadano: el Estado abstencionista fue sustituido por el intervencionista y asistencial. El Estado comenzó a gestionar, directamente, un número cada vez más amplio de servicios públicos, se convirtió en propietario y gestor de empresas frecuentemente en posición monopolista. (El llamado Estado Social)”<sup>28</sup>.

Desde el punto de vista doctrinal nadie podrá ya desconocer la importancia de los problemas sociales aunque se continúo insistiendo en su solución en el cuadro de las tradicionales libertades individuales y pretendiéndose hallarla mediante procedimientos reformistas.

Análoga en la sustancia fue la situación que se creó en aquellos ordenamientos en los que los partidos socialdemócratas se afirmaron como partidos de gobierno. Renunciaron a su vocación revolucionaria escogiendo la vía del reformismo. También, en estos la adaptación a las estructuras sociales advino en el cuadro de las instituciones liberales, combinando los principios del solidarismo y del igualitarismo socialista con los del galantismo liberal.

La evolución de las relaciones del poder económico verificadas durante este siglo ha modificado, desde otro punto de vista, algunos aspectos del Estado de derivación liberal. El individualismo, la confianza por las leyes del mercado y, en particular de la libre competencia, han sido superados por la afirmación de grandes concentraciones de capital, por el sistema del reparto del mercado controlado por los cartels monopolistas, por las exigencias de la planificación empresarial. El perfeccionamiento de las tecnologías, la especialización de la mano de obra, y la difusión de los medios de

---

<sup>28</sup> Giuseppe de Vergottini. Ob. Cit. Pág. 216.

comunicación en masas, han hecho indispensable la función de los técnicos que ayudan, cada vez más, a los políticos profesionales.

El Estado y su administración se han utilizado, en diversa medida para ayudar y flanquear las exigencias de la producción, del consumo y del cambio. Su intervención ya no es circunscrita, sino que cada vez se exige más y tiende a integrar y asistir a las iniciativas privadas. “El poder político ya no pertenece solo a los propietarios de los medios de producción, sino que se extiende a los técnicos, a los administradores de empresas, a los vértices militares, a los dirigentes de los grandes partidos y de los sindicatos. Todo dentro de un cuadro institucional que no es muy diferente del decimonono. En esta situación la democracia de derivación liberal se ha definido como tecnodemocracia”<sup>29</sup>.

De ahí que, el Estado liberal ha sido capaz de perpetuarse hasta hoy manteniendo la fe, en su conjunto, en los principios institucionales fijados desde el siglo XVIII. En muchos ordenamientos ha ido progresivamente cambiando la concepción original del poder político, mediante una ampliación real de las garantías ofrecidas a los individuos y a los grupos y, en general, la integración de eficaces institutos democráticos. En otros muchos este proceso se produjo de modo parcial a saltuario, o no se realizó en absoluto, dándose una factura evidente entre la letra de los textos constitucionales y la realidad social.

### **3.1. LA POSICIÓN DEL CIUDADANO EN EL ESTADO DE DERECHO**

#### **3.1.1. FUNDAMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO:**

Como se ha mencionado con anterioridad, el tema del Estado como noción político jurídico, ha sido una temática que ha merecido numerosos aportes teóricos, descuidando quizás el principal elemento que caracteriza todo Estado de Derecho, el rol del individuo en la sociedad y el reconocimiento de una amplia esfera de derechos y garantías que aseguren su pleno uso. De ahí que, en adelante, desarrollaremos como temas como la igualdad, la libertad y la participación directa e indirecta, del individuo en el poder estatal.

---

<sup>29</sup> Giuseppe de Vergottini. Op. Cit., Pág. 217. Citando a Duverger, M. “La Tecnodemocracia, en Comunità” 1972. Pág. 11 y siguientes.



### **3.1.2. LA IGUALDAD JURIDICA, LIBERTAD Y DERECHOS DEL HOMBRE:**

Los alcances significativos que tuvieron esos cambios partía de la aceptación de un principio fundamental: la igualdad jurídica de todos los sujetos, igualdad que se afirmó basándose en un postulado natural consolidado en el pensamiento filosófico anterior a la subversión del Estado Absoluto.

La declaración de derechos francesa de 1789 fijó, con precisión su carácter esencial: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, en consecuencia, el régimen de las libertades individuales suponía el reconocimiento a la igualdad jurídica y en eso se diferenciaba, sensiblemente del régimen de las libertades reguladas por los ordenamientos precedentes que suponían la desigualdad jurídica de los individuos, reconociendo libertades diferenciadas en el ámbito de las corporaciones, de los estamentos, de las ciudades y de los Burgos<sup>30</sup>. El régimen feudal de las libertades variaba según una mirada de situaciones colectivas distintas, según el diverso status territorial y social y se disciplinó por distintas fuentes a tenor de los grupos interesados: costumbres, privilegios atribuidos y acuerdos negociados.

El régimen liberal de las libertades, en cambio, único y general y concernía al individuo en cuanto miembro de la colectividad nacional lo que regulaba una fuente única La Constitución.

El régimen feudal de las libertades suponía la desigualdad de los individuos ofreciendo una gama diversificada de garantías, reservada a un número restringido de individuos: el liberal, en cambio, implica la igualdad y una garantía jurídica general e indiferenciada.

La libertad se definía como capacidad jurídica del individuo de hacer todo lo que no perjudique a otro individuo. Solo esta exigencia de garantizar la libertad ajena podía constituir un límite de la libertad individual; por

---

<sup>30</sup> García Pelayo, Manuel. “Derecho Constitucional Comparado”. Madrid. Alianza Editorial, 2000. Pág. 141

consiguiente, la ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. “Todo lo que no esta prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”. En la práctica la regla consistía en la plena autonomía individual y en la excepcionalidad de los límites que debían encaminarse a garantizar la libertad ajena. El Estado no podía intervenir más que en casos excepcionales para limitar la soberanía del individuo. Esta constituía en una esfera de libertades que abarcaba una serie de derechos apreciados como facultades de acción correspondientes naturalmente al individuo para concretar la libertad propia. En cuanto a facultades innatas al hombre sólo podían declararse por el Estado, o, según otra interpretación podían hacerse valer como derechos solo en cuanto fuesen expresamente disciplinados por el Estado en el propio ordenamiento positivo, convirtiéndose así, en auténticos derechos públicos subjetivos.

Los derechos individuales a través de los cuales se expresaba la libertad del hombre como ciudadano y no como simple súbdito del Estado, fueron regulados primero en las declaraciones<sup>31</sup>. Distintas del texto Constitucional y luego insertas en el cuerpo orgánico de las constituciones. Sucesivamente se expresaban en convenciones internacionales en las cuales los estados tendieron a darles un reconocimiento uniforme a nivel mundial o regional, reservándose, no obstante su aplicación en el propio ámbito a la disciplina internacional cuando esta fuese más favorable que la prevista por las respectivas Constituciones.

La clasificación de los derechos encuentra notables dificultades y varia sensiblemente tanto en el derecho positivo de los diversos Estados como en la

---

<sup>31</sup> La citada declaración francesa de 1789, fue precedida por numerosas declaraciones de diversos Estados Americanos después de la rebelón contra Inglaterra a partir de 1776. Ente éstas se reconoció valor especial a la Declaración de Virginia de 1776. En la Constitución de los Estados Unidos de 1787, falta una declaración relativa a los derechos como preliminar al texto Constitucional. De modo que la normativa sobre los derechos se añadió en forma de enmienda a partir de 1791. A la Declaración Francesa de 1789, invocada en el preámbulo de 1946 y en la Constitución vigente de 1958, siguieron las Declaraciones de 1793 y 1795, la primera contenía una regulación de derechos sociales, la segunda colocó frente a los derechos los deberes del ciudadano.

doctrina. Existe, sin embargo, un amplio acuerdo en distinguir los derechos según la diversa relación de su contenido, respecto al poder político estatal<sup>32</sup>.

Tradicionalmente el núcleo de los derechos propios del Estado liberal fue definido y caracterizado por la pretensión – Garantizada por el Estado – de excluir intervenciones del poder estatal consideradas peligrosas para las libertades individuales. El Estado debía abstenerse de intervenir con propias medidas limitadoras en el sector de las libertades llamadas civiles, que correspondían los derechos a: la libertad personal con referencia particular a la seguridad personal y a la libertad de detenciones arbitrarias; libertad de movimiento, la libertad familiar, la propiedad privada, libertad de pensamiento y sus manifestaciones, libertad de reunión y de asociación. El Estado debía facilitar y garantizar las llamadas libertades políticas que implicaban la participación del individuo en la vida asociada a través de los derechos del electorado activo y pasivo, de petición, participación en el referéndum, derecho a la formación de partidos. A estos derechos se añadieron ya en la Declaración de 1793 y en el preámbulo de la Constitución francesa de 1848, para generalizarse progresivamente en la Constitución alemana de 1919, los relativos a los intereses económicos, sociales y culturales del individuo, en cuanto necesitado de intervenciones del Estado dirigidas para asistirlo con la posibilidad concreta de satisfacer las múltiples exigencias de la persona, sobre todo para suplir las carencias individuales objetivas conexas a situaciones de igualdad social y económica. Estos derechos tienen por objeto evidente pretensiones de prestaciones por parte del Estado a favor de los individuos.

Es claro que las subdistinciones entre las diversas categorías de derechos parecen, a menudo, arbitrarias, en cuanto que, por ejemplo muchas libertades tradicionales llamadas civiles tienen un significado político fundamental porque son necesarias para la participación del individuo en la

---

<sup>32</sup> La clasificación de Jellinek. Ha tenido influjo duradero en todo el continente europeo y en Iberoamérica. Jellinek distinguió diversos estatus del ciudadano frente al Estado: status subjectionis (relativo a la subordinación del ejercicio de los derechos estatales para obtener obediencia); status libertatis (relativo a la esfera privada donde no se admite ninguna injerencia estatal); status civitatis (que corresponde a la expectativa de obtener prestaciones de tutela y servicio por parte del Estado); status active civitatis (acerca de la expectativa a participar activamente de las funciones públicas). Jellinek, George. "Teoría General del Estado". Buenos Aires. Editorial Albatros 1954. Pág. 136.

vida asociada, y en cuanto que es discutible la distinción del régimen de libertades basándose en la obligación de la abstención o de la intervención del Estado, porque el Estado es capaz de desplegar siempre función primaria que solo varía históricamente en la sociedad. En realidad, el análisis dirigido a la comprensión del régimen de cada derecho, no puede hacerse prescindiendo de un estudio sistemático y unitario que evidencie los condicionamientos operados por el ordenamiento en la esfera de la libertad individual.

Un aspecto relacionado estrechamente con la disciplina de los derechos es su garantía, porque es evidente que éstos correrían el riesgo de enunciarlos solo de modo formal si no se les tutelase oportunamente.

Entre las formas de garantía prevista por el Estado Liberal y sus derivados está, ante todo, la que descende indirectamente de la concepción misma del poder repartido entre varios órganos. El reparto permitiría controles recíprocos y debería evitar los abusos y daños a los titulares de los derechos<sup>33</sup>. Además las Constituciones liberales establecieron el principio reserva de ley para regular los derechos de libertad cuando ésta no fuese exhaustivamente fijada en el texto Constitucional. De este modo se sustrajo la materia a eventuales arbitrariedades gubernativas. Establecieron, frecuentemente el no sometimiento a revisión de la normatividad sobre los derechos. Así se quitó a los mismos órganos expresión de la soberanía popular, la posibilidad de adoptar una disciplina peyorativa de los derechos de libertad.

Fueron formas de garantía específica las jurisdiccionales, pues ofrecían la posibilidad de tutela frente a órganos independientes del poder político en caso de violación de las normas sobre derechos. Estas formas de tutela, reconocidas inicialmente frente a la administración pública ligada al gobierno, se han extendido progresivamente, también, contra los abusos de las representaciones políticas populares mediante la institución de tribunales constitucionales ante los cuales se puede recurrir para invalidar las leyes de los

---

<sup>33</sup> Declaración Francesa de 1789, artículo 16º, citado por Giuseppe de Vergottini. Op. Cit., Pág. 225.

parlamentos y a veces también mediante el recurso directo de constitucionalidad.

#### **IV. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Una vez, analizada las teorías y aportes constitucionales del liberalismo francés, influenciadas por las ideas de Locke y Montesquieu, más la concepción rousseauiana de la democracia, la Ley y los aportes de las nuevas corrientes doctrinarias. La sociedad requería de un orden político jurídico que, a través del establecimiento de reglas claras y garantías de los derechos se centre en la defensa de la persona humana y de sus derechos.

En ese contexto se empieza a desarrollar el denominado Estado Constitucional de Derecho, en esta nueva forma de organización y reparto del poder estatal, lo que se procura es que el individuo constituye el centro del ordenamiento jurídico y no su objeto.

En efecto, el Estado Constitucional de Derecho hace frente a las formas anteriores de organización estatal, pues vuelve a hacer el eje central del derecho la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales. Asimismo, Giuseppe de Vergottini señala que “la protección de estos derechos fundamentales, se logra por medio de tres ejes centrales, que a su vez configuran el constitucionalismo contemporáneo: I) La supremacía de la Constitución (reconocimiento del sistema jerárquico de normas jurídicas ordenadas según grados diversos, con capacidad diferenciada de intervención de las relaciones sociales); II) El Principio de Legalidad (congruencia con la Constitución y las leyes, en cuanto expresión de la soberanía popular); III) La separación de poderes, estructural organizativas dotadas de esfera de competencia propia, como garantía de su libertad”<sup>34</sup>.

Sin embargo, antes de analizar estos tres ejes centrales que configuran el Constitucionalismo contemporáneo, nos detendremos en presentar a manera

---

<sup>34</sup> Giuseppe de Vergottini. Op. Cit., Pág. 229.

de preámbulo: el significado de Constitución, sus diversas concepciones, así como la tutela de la Constitución y el control político.

#### **4.1. EL SIGNIFICADO DE CONSTITUCIÓN**

El concepto jurídico de Constitución, es el que se identifica con el ordenamiento estatal, o de modo más estricto con la norma primaria sobre la que se funda el ordenamiento. Según el concepto estricto “La Constitución consiste en aquellas normas que regulan la creación de las normas jurídicas generales y, en particular, la creación de leyes formales”<sup>35</sup>, o mejor en la misma norma fundamental que se pone como principio del ordenamiento que condiciona las normas sobre la producción de otras normas<sup>36</sup>.

Según el concepto más amplio la Constitución coincide con la estructura organizadora de un grupo social y, en el caso del Estado, también con la organización de su comunidad.

Tal organización asumiría carácter jurídico, y no de mero hecho, en cuanto fruto de una autodisciplina social que transforma la fuerza en poder, poder que puede calificarse jurídico, supremo<sup>37</sup>. La Constitución es, pues disciplina del supremo poder constituido que se refleja en las diversas entidades a las que todo ordenamiento reconoce la titularidad del poder, variando en concreto de Estado a Estado (según la forma de Estado y de gobierno).

Afirmar que el ordenamiento coincide con el ordenamiento del poder supremo significa hacer una declaración genérica, en cuanto que es arduo determinar, exhaustiva y satisfactoriamente, cual sea en concreto el ámbito de la materia disciplinada por la normativa constitucional. Decir, que la Constitución debe contener la parte fundamental de la normativa del ordenamiento es una tautología. Formular listas de normas indispensables, es

---

<sup>35</sup> Kelsen Hans. Ob. Cit. Pág. 146.

<sup>36</sup> Como debe entenderse la norma fundamental, sí existe como norma positiva o solo en cuanto principio ideal o hipotético, es problema debatido y de difícil o imposible solución. Sobre la Constitución como norma fundamental, sobretudo en el sentido lógico – jurídico. Kelsen Hans. Ob. Cit. Pág. 135-136.

<sup>37</sup> Jellinek. “Sobre la Transformación de la Fuerza en Poder y sobre la Autolimitación del Poder”. Reimpreso Tercera Edición Bad Hamburg. 1966. Pág. 306.

a veces, ilusorio, porque toda Constitución parece elegir sus propios criterios individualizadores de la norma constitucional, criterios positivos que destacan como tales enumeraciones responden a juicios de valor opinables que valen sólo para quienes los sostienen y no, necesariamente, para cualquier ordenamiento.

Hay pues que recurrir a los ordenamientos constitucionales positivos para reconocer cuál sea el contenido de una Constitución, que se determina teniendo en cuenta tanto la parte formalizada en un texto solemne (Constitución formal), como la comprendida en textos escritos distintos de la Constitución formal y en las costumbres constitucionales, y que se deduce de convenciones constitucionales o de modificaciones tacitas de la Constitución (la llamada Constitución real o sustancial). Constitución formal y Constitución sustancial, no están necesariamente en contraste. Se puede limitar la segunda integrar la primera. Pero es cierto que pretender limitar la Constitución al sólo dato formal significaría, en general, ignorar aspectos importantes o fundamentales de sus ordenamientos.

De otro lado, para Kelsen el vocablo Constitución tiene dos sentidos, un sentido lógico-jurídico y un sentido jurídico-positivo. La Constitución en su sentido lógico-jurídico, es la norma fundamental o hipótesis básica; la cual no es creada conforme a un procedimiento jurídico y, por lo tanto, no es una norma positiva, debido a que nadie la ha regulado y a que no es producto de una estructura jurídica, sólo es un presupuesto básico. Precisamente, a partir de esa hipótesis se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental, sobre la cual radica la validez de las normas que constituyen el sistema jurídico<sup>38</sup>.

Por su parte, una Constitución en el sentido jurídico-positivo, se sustenta en el concepto lógico-jurídico, porque la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y en norma fundamental descansa todo el sistema jurídico. En éste concepto la Constitución ya no es un

---

<sup>38</sup> Kelsen Hans. Ob. Cit. Pág. 146-147.

supuesto, es una concepción de otra naturaleza, es una norma puesta, no supuesta. La Constitución en este sentido nace como un grado inmediatamente inferior al de la Constitución en su sentido lógico-jurídico.

Según Kelsen la Constitución puede ser contemplada en dos sentidos: en un sentido material y en un sentido formal.

En su sentido material está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. Además, de la regulación de la norma que crea otras normas jurídicas, así como los procedimientos de creación del orden jurídico; también desde el punto de vista material, la Constitución contempla a los órganos superiores del Estado y sus competencias. Otro elemento que contiene dicho concepto material, son las relaciones de los hombres con el propio poder estatal y los derechos fundamentales del hombre. La Constitución en sentido material implica pues, el contenido de una Constitución.

La Constitución en su sentido material tiene tres contenidos: el proceso de creación de las normas jurídicas generales, las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias, y las relaciones de los hombres con el control estatal.

La Constitución en sentido formal - dice Kelsen – “es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido formal es el documento legal supremo. Hay una distinción entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales; es decir, existen normas para su creación y modificación mediante un procedimiento especial, distintos a los abocados para reformar leyes ordinarias o leyes secundarias”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Kelsen Hans. Ob. Cit. Pág. 147.



No obstante, lo que se ha intentado resaltar es la naturaleza central de la Constitución no solo como fuente normativa formal; sino, principalmente, como configuradora de parámetros de actuación de la totalidad de la organización y las actuaciones de los poderes públicos y privados.

En consecuencia, los fines y principios que rigen a los órganos estatales deberían ser acordes con las disposiciones constitucionales, no solo de la parte orgánica de la Constitución, sino fundamentalmente con lo contenido en la parte dogmática de la misma.

#### **4.1.1. DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA CONSTITUCIÓN**

Cuando nos referíamos a la potencial contraposición entre Constitución formal y sustancial nos acercamos al tema de la concepción garantista de la Constitución formalizada en un documento solemne escrito, concepción típica de un particular momento histórico. En efecto, mientras no se pueda discutir que todo ordenamiento político cuenta con una Constitución sustancial, se debe reconocer que solo en una determinada situación histórica se ha afirmado una ideología que ha visto en la formalización de la Constitución la esencia misma del ordenamiento social y político, disciplinando la forma de gobierno de modo que se reconociesen, y garantizasen, a los individuos frente al poder político los derechos y libertades, de manera que la misma organización del poder se repartiesen según un módulo que asegurase las libertades fundamentales (la llamada separación de poderes).

Ahora bien, el concepto de Constitución ligado a la ideología liberal no es el único que se ha desarrollado en la reciente historia constitucional. Si bien ha cumplido función determinante en los ordenamientos europeos y en los con éstos vinculados, la concepción garantista fue contestada por otras varias entre las cuales merecen citarse: la tradicionalista, la sociológica marxista y la autoritaria. Sus características correspondientes pueden sintetizarse así:

##### **A) CONCEPCIÓN GARANTISTA:**

Como base de la concepción garantista de la Constitución que aparece en la norteamericana y en las francesas figuran el

principio de su carácter racional y normativo<sup>40</sup>. La Constitución es una elección ordenada y coherente de principios fundamentales, basados en la razón, que ofrecen una justa posición la función del individuo y al poder organizado subordinado éste a aquella. La misma forma escrita asegura una garantía de racionalidad y de certezas cosas que no reúnen las Constituciones consuetudinarias tradicionales.

Siempre en el periodo de la revolución francesa se afirma el concepto de poder constituyente distinto de los poderes constituidos: el primero es la expresión total de la soberanía, exento de condicionamientos; los segundos (ejecutivo, legislativo y judicial) están condicionados, de modo diverso por la decisión inicial constituyente. El mismo poder de revisión constitucional termina por caer dentro del ámbito del poder constituido porque debe respetar los fundamentos esenciales de la Constitución o, a mayor abundamiento lo disciplina la misma Constitución (el llamado poder constituyente “constituido”).

La Constitución se considera como sistema orgánico de normas jurídicas en que se basa la organización de los órganos constitucionales, el complejo de sus competencias, el reconocimiento de la esfera jurídica del individuo, la relación entre autoridad pública y libertad individual. La acentuación del carácter normativo de la Constitución, conduce a sostener la completa despersonalización de la soberanía estatal que pasa de los gobernantes primero al concepto abstracto de Nación y, luego, a la misma Constitución.

## B) CONCEPCIÓN TRADICIONALISTA

La concepción garantista con sus aspectos racional y normativo es propia de la ideología liberal. En polémica con esta concepción

---

<sup>40</sup> García Pelayo, Manuel. Ob. Cit. Pág. 34.

se desarrollo la tradicionalista vinculada a la ideología conservadora. Según este punto de vista, la Constitución consiste en el sucederse de actos normativos y de costumbres ligados al despliegue histórico de una determinada sociedad, cuya validez se funda, esencialmente, en el grado de legitimación que se desprende de su consolidación en el tiempo.

### C) CONCEPCIÓN SOCIOLÓGICA

Las concepciones precedentes tiene su réplica en la sociología que considera a la Constitución como un aspecto del “ser” real de la sociedad, prescindiendo del “deber ser” impuesto por el texto normativo. La concepción sociológica, fue acogida también por el marxismo que insistió en la relevancia de las relaciones económicas para caracterizar a una Constitución. De la consideración de la Constitución como el Estado real de las relaciones políticas, sociales y económicas, deriva su concepción descriptiva que debería limitarse a operar un balance de los logros obtenidos por los titulares del poder político.

### D) CONCEPCIÓN AUTORITARIA

La concepción autoritaria de la Constitución replantea su fundamento en la decisión unilateral de un jefe supremo, interprete de los valores tradicionales de un pueblo y, además, de sus exigencias innovadoras y revolucionarias. La constitución coincide en tal caso con el máximo valor normativo de la determinación individual, determinación sujeta a continua puesta al día y, por tanto, no es necesario compendiarla en un texto único.

Las concepciones de poder antes expuestas reflejan diversas pero predominantes concepciones del Estado. Es evidente que al variar la forma de Estado puede variar el concepto de Constitución en función de las formas concretas de Estado que se han dado. Entre las diversas concepciones, la garantista, ligada a la racionalidad y normatividad, ha predominado en el

desarrollo de la ciencia del Derecho Constitucional, de modo que todavía, y recientemente, se sostiene que en sentido estricto, solo un sistema orgánico de garantías puede presuponer la existencia de una Constitución, que de otro modo no se daría si dominase el arbitrio de un déspota. Conforme a esta posición, el objeto de la Constitución sería limitar la acción arbitraria del gobierno, garantizar los derechos de los gobernados y disciplinar las intervenciones del poder soberano. Tal concepción tiende a circunscribir el concepto de Constitución a aquellas formas de Estado que prefieren la ideología liberal. Empero la doctrina dominante reconoce que despojada de las superestructuras contingentes del Estado Liberal, la Constitución se define, principalmente, como conjunto normativo orgánico que constituye el fundamento de todo ordenamiento estatal, con independencia de la ideología elegida.

#### **4.2. CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN**

El examen de los contenidos de la Constitución es objeto específico de buena parte del tratamiento relativo a las diversas formas de Estado y de Gobierno. Se puede, pues, subrayar, en general, que los textos constitucionales escritos están condicionados por las finalidades que caracterizan las diferentes formas del Estado, que de modo diverso influyen sobre la selección de las materias a regular en el ámbito constitucional, aunque hay algunos que, habitualmente, aparecen en todas las constituciones escritas.

##### **A) FINALIDADES:**

El contenido de las Constituciones está muy condicionado por los fines que toda Constitución señala. Los fines más generales son: 1) fijación de criterios de organización de poder de suerte que establezcan a las fuerzas políticas controladoras del Estado; además, 2) precisar los objetivos para cuyo logro se establece el poder estatal. En cuanto al punto 1) subrayemos que todos los constituyentes se preocuparon de ofrecer legitimidad, es decir, fundamento jurídico, al poder de los titulares de los diversos órganos estatales. De los procedimientos que justifican su poder (legitimación) deriva de la posibilidad, jurídicamente tutelada, de imponer su autoridad a todo el ordenamiento. En fin el poder se distribuye según distintos criterios establecidos reglas de

competencia mediante las cuales diversos órganos ejercen diferentes funciones públicas.

En cuanto al punto 2), toda Constitución determina los fines a que apunta el poder del Estado. Tales fines varían según la forma estatal, en la medida que la concepción de la Constitución y del sistema jurídico que regula es instrumental respecto a la concepción política que la fundamenta y la recibe. Este carácter instrumental es particularmente claro en los más recientes textos constitucionales que tienden a privilegiar los enunciados ideológicos frente a las medidas organizativas.

#### B) LA MATERIA:

No hay acuerdo entre los constitucionalistas sobre la definición de materia constitucional, a pesar de que han intentado identificar el objeto de las normas que disciplinan la materia típica, propia de toda Constitución.

La materia típica comprendería: la organización esencial del ordenamiento, desarrollo de la ideología fundamental elegida por un ordenamiento, posición de los sujetos gobernados, relaciones esenciales entre los órganos constitucionales, entre éstos y los gobernados y entre los gobernantes.

No todos estos principios se insertan, necesariamente en el texto formal, por otra parte, este puede recargarse con normas que no son indispensables para delinear los fundamentos esenciales aunque los constituyentes las consideren necesarias u oportunas.

Por consiguiente las Constituciones pueden ser concisas, equilibradas o prolijas.

#### C) INTERGRACIÓN Y PLENITUD

No toda la materia referida a la organización fundamental del Estado y a sus principios básicos de funcionamiento ésta contenida en el texto constitucional. Por ello pueden darse mediante varias reformas de la Constitución, que se

equiparan, respecto al valor de sus normas, a la contenida en el documento Constitucional otras veces se encuentran leyes intermedias, situadas entre la Constitución y las leyes ordinarias como las leyes orgánicas francesas de integración de la Constitución que se adoptan con procedimientos reforzados lo cual exige oír el dictamen del Consejo Constitucional, las que deben aprobarse por mayoría cualificada por los diversos grupos del parlamento.

También por último conviene aclarar que la integración de la Constitución puede hacerse, por vía informada, mediante costumbres y convenciones, o bien mediante actos formales como sentencias judiciales, especialmente de los Tribunales Constitucionales. En estos últimos casos no es siempre cómodo trazar un confin preciso entre el concepto de integración de una Constitución y el concepto de modificación. También a propósito de esto último se ha observado la importancia adquirida por fuentes como las costumbres y las convenciones, así como por actos formales, las sentencias.

#### **4.2.1. CARÁCTER NORMATIVO DE LOS PREÁMBULOS Y DE LAS DECLARACIONES CONSTITUCIONALES**

Las normas contenidas en los textos constitucionales tienen evidente carácter preceptivo si bien para diversas categorías de destinatarios. Además de las preceptivas para la totalidad de los sujetos del ordenamiento con frecuencia se dan normas de orientación, llamadas programáticas, cuyo carácter preceptivo apunta a los órganos constitucionales, pero puede repercutir también en situaciones que interesan a los miembros de la sociedad nacional.

Los preámbulos y las declaraciones antepuestos al texto constitucional articulado, han suscitado siempre problemas específicos respecto a su valoración. Surge la pregunta si tales actos forman parte de la Constitución y si su contenido tiene valor normativo.

##### **A) LOS PREÁMBULOS**

El preámbulo contiene formulas promulgadoras, referencias a los precedentes que originaron la Constitución y muestra una motivación política; además,

puede expresar promesas, auspicios, afirmaciones de principios, no siempre enunciables por normas articuladas textualmente.

El preámbulo de la Constitución Norteamericana asume el valor de una promulgación formal de la Constitución, en muchas constituciones de antaño en el preámbulo se aludía a la fuente de legitimación del poder constituyente, como por ejemplo, en el Estado Albertino de 1948, el que procede a la Ley fundamental alemana 1949, aprovecha la ocasión para prever una futura Constitución cuando se reunifique el territorio germano.

A pesar de la perplejidad sobre el valor directamente preceptivo del preámbulo no se ha dudado, en ciertos casos, en equiparlos con textos constitucionales, como ocurre con las constituciones francesas de 1946 y de 1958. Lo mismo puede decirse de los preámbulos de algunas constituciones socialistas. Aquí se tiende a reconocer la naturaleza preceptiva. De otro lado, se considera especialmente significativas las disposiciones preambulares dado su frecuente e intenso contenido ideológico, para el proceso interpretador de toda la normativa Constitucional.

## B) LAS DECLARACIONES

Son una enunciación articulada y preceptiva de algunos principios fundamentales que atienden, sobre todo a la posición del ciudadano a la sociedad. Su texto aparece separado formalmente del resto, porque siguiendo las influencias de las doctrinas políticas del siglo XVIII se sostuvo que los derechos fundamentales del individuo deberían considerarse innatos y naturales y, por eso solo tenían que afirmarse y declararse, no atribuirse por el texto constitucional. El carácter preceptivo de las declaraciones aparecían ciertos cuando se adoptaron, en tanto que los órganos constitucionales y judiciales los han considerado tendencialmente como inmediatamente preceptivos.

La práctica de la declaración comienza con la Declaración de derechos del Estado de Virginia de 1776 seguida por las de otros Estados norteamericanos. A la Constitución federal de 1787 no antecede una

declaración aunque su equivalente aparece en las enmiendas introducidas en 1791. Gran eco suscitó la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, uno de los textos más famosos del periodo revolucionario francés. A ello siguieron las de 1793, 1795 y de 1848. La Declaración de 1789 ha sido ratificada, recientemente, por el preámbulo de la Constitución francesa de 1958.

#### **4.2.2. FUNCIÓN ARTICULADORA DE LA CONSTITUCIÓN**

La Constitución es la base de la cual surgen todas las materias, así como los principios fundamentales de cada rama del Derecho. Por ello la norma constitucional desempeña un rol articulador del ordenamiento jurídico de un estado.

Los principios más básicos del Derecho en general se encuentran expresados en la norma constitucional, sean el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo, o el derecho tributario.

Por otro lado, la existencia de derechos fundamentales claramente definidos por la norma constitucional configura un límite evidente al comportamiento del Estado, pues la misma no podría vulnerar los mismos, ni limitarlos a menos que exista ley expresa que lo permita en uso del principio de reserva de ley, el mismo que se ha expresado en importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Además, existen determinados conceptos que reciben protección jurídica a través del texto constitucional, y que conforman lo que se ha denominado en general institución constitucionalmente garantizada o simplemente garantía institucional. Ejemplos de ello son la familia, el trabajo, la educación, la autonomía universitaria, la autonomía municipal, la economía social de mercado o el principio de subsidiaridad.

Asimismo, la Constitución define la denominada estructura del Estado, por la cual se determinan las funciones y potestades asignadas a cada uno de los organismos que componen dicho Estado, configurando la base estructural



del derecho administrativo. En consecuencia, la Constitución establece la existencia del Poder Legislativo o Parlamento, su composición, funciones y limitaciones; la existencia del Poder Ejecutivo, su composición y funciones, así como la organización del Poder Judicial. La Constitución además establece las funciones de los organismos constitucionales autónomos. Estos preceptos constitucionales funcionan no solo como normas fundantes de la Administración Pública, sino que además constituyen limitaciones evidentes a la actuación de la misma.

#### **4.2.3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

La interpretación constitucional ofrece interesantes materias de discusión, en especial si consideramos que la citada norma debe interpretarse de manera especial a fin de cautelar los derechos de los particulares y tutelar el Estado de Derecho.

En primer lugar, la Constitución debe interpretarse considerando que existe en su interior coherencia. No pueden existir normas constitucionales que se contradigan entre sí, aun cuando se muestren valores contrapuestos. La Constitución se muestra al ordenamiento jurídico entonces como una unidad.

En efecto, la Constitución debe interpretarse de manera preferente al ser humano, no al Estado. Esta interpretación, denominada favor homine, se encuentra presente en todo el derecho público y se basa en el principio de Preferencia por los Derechos Fundamentales, al cual haremos referencia más adelante. En caso de duda sobre el alcance de una norma de derecho público, debe emplearse la interpretación que resulte ser más favorable al particular.

Por otro lado, las normas jurídicas, y en especial la Ley, máxime si las mismas se aplican a los particulares, deberán interpretarse en armonía con la Constitución. Si existen varias interpretaciones posibles de lo señalado por la ley debe escogerse la que resulte más consistente con lo señalado en el texto constitucional, de tal suerte que la declaración de inconstitucionalidad sea

empleada como un último recurso para darle coherencia al ordenamiento jurídico.

Con este fin, Konrad Hesse formulo los siguientes principios de la interpretación Constitucional, que son:

- A) **Principio de Unidad de la Constitución:** en virtud de la cual, la Constitución debe ser observada como un todo orgánico y no interpretando la norma en función a una disposición constitucional considerada de manera aislada. Ello implica el establecer los límites de los bienes constitucionales en conflicto, a fin que ambos logren efectividad en la interpretación.
- B) **Principio de Concordancia Práctica:** Para cumplir con este principio, se debe procurar que los bienes jurídicos constitucionales se coordinen entre sí, de manera tal que todos ellos conserven su identidad. Lo que presupone una ponderación de bienes, que debe respetar parámetros de proporcionalidad entre bienes constitucionales conculcados.
- C) **Principio de Corrección Funcional:** a través del cual se limita la actividad interpretativa; identificando que solo será posible la interpretación jurisdiccional que respete la libertad conformadora del legislador.
- D) **Principio de Eficacia Integradora:** a través de dicho principio se busca promover soluciones que promuevan y mantengan la unidad de la Constitución.
- E) **Principio de Fuerza Normativa de la Constitución:** en virtud del cual, se preferirán las soluciones que ayuden a las normas constitucionales a conseguir la máxima eficacia<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Sobre el particular, consúltese Hesse, Konrad. "Escritos de Derecho Constitucional". Madrid. C.E.C. 1983.

Para la interpretación de los contenidos de la Constitución, se debe tener en cuenta estos criterios en todos los ámbitos de la actividad estatal. Estos principios, al ser vinculantes a los poderes públicos y privados. Constituyen normas de cumplimiento obligatorio y elementos de ponderación de los jueces y otros órganos estatales en los que se diga derecho.

Caso contrario, la interpretación de la Constitución implicaría el desconocimiento de los principios y valores en ella contenidos. Lo que, paulatinamente, menoscabará la fuerza normativa y el arraigamiento de la Constitución en la sociedad<sup>42</sup>.

#### **4.3. INSTRUMENTOS TÉCNICOS DE CONTROL**

La exigencia de autoconservación de todo ordenamiento se manifiesta en la tutela de las instituciones que caracterizan a la Constitución material. Pueden ser muy numerosas las modalidades que garantizan la tutela.

En primer lugar, en sentido lato, los mismos criterios de estructuración del ordenamiento ofrecen una forma de tutela de la Constitución. En los ordenamientos con separación de poderes, por ejemplo, la articulación de poder entre varios órganos que suscita controles recíprocos debería ser una rémora para los atentados contra la Constitución realizados por un órgano constitucional (el llamado golpe de Estado). En los ordenamientos monopartidistas en los que sólo quien ofrece absolutas garantías de lealtad respecto a la ideología oficial es llamado para desempeñar cargos públicos, un mecanismo rígido de selección de los sujetos a quienes se confía tal responsabilidad debería eliminar cualquier riesgo contra las instituciones provenientes de la comunidad estatal, cuando el elemento social infiel al régimen intentare cambiar los criterios de participación en el poder estatal.

---

<sup>42</sup> Claudia del Pozo. "Control Difuso y Procedimiento Administrativo". Palestra Editores-Lima 2005. Pág. 77. Cabe recordar que este carácter vinculante de la Constitución se encuentra reforzado por la fuerza vinculante que poseen las sentencias del Tribunal Constitucional. Dichas sentencias tienen fuerza de Ley y constituyen cosa juzgada; vinculando a todos los poderes públicos y privados. Con lo cual, en nuestro actual Estado Constitucional, la vinculación a la Constitución implica necesariamente la vinculación a los contenidos constitucionales que jurisprudencialmente instaura el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar las constituciones pueden prever instrumentos técnicos destinados a la tutela, como la rigidez y sus procedimientos conexos para modificar el texto, así como los límites expresos de revisión destinados a proteger la Constitución, y sobre todo, órganos y procedimientos dirigidos a garantizar la Constitución o confiándoles la función de tutela respecto a otros órganos constitucionales o sólo respecto a sus actos.

En la primera hipótesis, la tutela se ejerce frente al comportamiento global de un órgano o de varios órganos constitucionales; en la segunda, solo respecto a determinados actos. Suponía una forma de tutela global sobre los órganos de orientación la función del jefe del Estado concebido como guardián de la Constitución.

Entraña una forma de tutela global sobre los órganos el control que puede ejercitarse por el poder militar sobre el civil e n muchas constituciones iberoamericanas, en la que los militares se definen, textualmente como garantes de la Constitución.

Los controles previstos para comprobar la conformidad con la Constitución implican formas de tutela limitadas a actos particulares adoptados por órganos constitucionales.

Estos controles producen diversos tipos de consecuencia según los órganos que las ejercen y las modalidades de procedimiento contempladas por los diversos ordenamientos. Pueden ejercerse por órganos que son a la vez titulares de orientación política (controles políticos) o por órganos carentes de tales competencias (controles jurisdiccionales) y actúan en el ámbito de los definidos como controles de constitucionalidad de los actos.

En tercer lugar, las normas destinadas a la protección del poder constituido ofrecen formas de tutela específica, tanto a nivel del texto constitucional como en la legislación penal, establecen mecanismos sancionadores adecuados en caso de infracciones. Estas últimas se definen, genéricamente, como delitos políticos y se articulan como delitos contra la

seguridad interna y contra la seguridad internacional del Estado. Todos ellos tienen en común la característica de dirigirse contra las instituciones políticas estatales. El conocimiento de los delitos se puede confiar

A jueces penales ordinarios o a jueces a quienes se les atribuya, en vía especial la competencia para conocer los delitos contra la seguridad del ordenamiento cometido por cualquiera, o sólo, como en el caso de atentado contra la Constitución por el jefe de Estado se confía a la competencia de la Corte Constitucional, tal como sucede en Italia.

En cuarto lugar, hay que subrayar que la tutela de la Constitución no puede obstaculizarse con prescripciones formales de la misma, por consiguiente puede desarrollarse contrastando y violando los preceptos constitucionales, en efecto, si es verdad que son los principios los que caracterizan la Constitución material y las mismas fuerzas políticas que las formulan los que deben supervivir es comprensible que en caso de peligro, cuando es imposible recurrir a las modalidades constitucionalmente previstas, se puede actuar en derogación de la Constitución, provocando su suspensión temporal, introduciendo una nueva normativa excepcional. La suspensión de la Constitución y el ordenamiento derogatorio, que temporal y parcialmente la sustituye, puede preverse por el texto constitucional.

Sin embargo, conviene advertir que podrían verificarse hipótesis de agresión cuando fuesen los órganos constitucionales del vértice quienes pusieran en peligro la Constitución. En tal caso la violación de los preceptos formales del texto constitucional podrá realizarse por la comunidad estatal con el fin, siempre, de salvar la Constitución.

#### **4.4. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

La Constitución goza de la llamada supremacía, puesto que aquella es la norma más importante de las existentes al interior del Estado. Ello implica que el resto del ordenamiento no puede vulnerar lo señalado en la misma, ni por la forma, ni por el fondo. Caso contrario, nos encontramos ante un supuesto de inconstitucionalidad. En este orden de ideas, la propia norma constitucional

establece los mecanismos para proteger dicha supremacía, lo cual se conoce como control de constitucionalidad, de los cuales se conocen fundamentalmente dos modelos.

En primer lugar, debemos considerar la tradición constitucional norteamericana, a partir del célebre caso *Marbury vs Madison*, en el cual se determinó no solo que la Constitución era norma suprema, sino además que los jueces podían inaplicar la norma legal al caso concreto cuando encontraran que la misma se encontraba en desacuerdo con la norma constitucional, no obstante que dicha prerrogativa judicial no se encontraba prevista en la norma constitucional. Dicha facultad se denominó *judicial review* y conforma lo que se conoce como control difuso.

En el caso europeo la evolución fue diferente, puesto que se determinó la existencia de un ente especializado que tutelara la constitucionalidad de las leyes, de tal forma que los jueces no pueden inaplicar por decisión propia una norma de rango legal. La aparición de dicho mecanismo se dio con la Constitución Austriaca de 1920, modificada en 1929 y luego se propagó a la mayor parte de Europa y de ahí a Latinoamérica. El citado ente, que sería denominado Tribunal Constitucional, posee la facultad de derogar la norma en cuestión, a través del uso del denominado control concentrado.

En el caso peruano es necesario señalar que poseemos ambos sistemas de control de constitucionalidad, por cual se considera que poseemos un sistema dual, poco común en el derecho constitucional comparado. En control difuso se encuentra consagrado por el artículo 138° de la norma constitucional y el control concentrado figura en los artículos 200° y 202° del citado cuerpo de leyes. De hecho, el Tribunal Constitucional puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia procesos constitucionales.

#### **4.5. BASES CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Que, respecto a la relación existente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, es una cuestión de capital importancia, pues si

podemos llegar a determinar la relación entre ambas ramas del Derecho, podremos entender con mayor claridad cuál debe ser la respuesta de los tribunales Administrativos en los casos que la Ley aplicable es una contraria a los principios, valores o derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Asimismo, por medio de este análisis, creemos que podremos llegar a determinar cuáles son los alcances de las facultades de los Tribunales Administrativos en su función de administrar justicia administrativa, siempre en el marco de la Constitución.

En efecto, creemos que también es importante el realizar una revisión de las finalidades y los principios propios del procedimiento administrativo; revistiéndolos en un contenido constitucional que lo haga acorde con los fines del Estado Constitucional de Derecho. Caso contrario, la justicia administrativa se encontraría desvinculada de la organización estatal que le da origen y en cuyo marco debe cumplir sus funciones.

Cabe señalar, que aunque sostenemos que los derechos fundamentales deben ser observados por la administración en todas sus actuaciones, es decir, incluso en la emisión de actos administrativos, pues hemos circunscrito el ámbito del presente trabajo al marco de los procedimientos administrativos.

Pues, tanto la posición de la administración como del administrado han de sufrir una revaloración en este marco estatal. Así, los derechos individuales serán configuradores de ciertas cargas por parte de la administración. Ello es así, en la medida que el administrado deberá considerarse como la pieza central del Derecho Público.

En ese sentido, se puede afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico debe adecuarse no sólo a las disposiciones contenidas en la forma constitucional; sino, también al conjunto de valores contenidos en la Constitución. De aquí se desprende un punto central: la incidencia del Derecho Constitucional en el ámbito del Derecho Administrativo.

#### **4.5.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DEBEN REGIR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

En el presente análisis se pretende señalar cuál debería ser la configuración del procedimiento administrativo en el marco del Estado Constitucional. Para ello, creemos que se deberían reformular las concepciones clásicas acerca de los tópicos tales como el principio de legalidad y el rol de los derechos fundamentales del administrado en el marco del procedimiento administrativo, entre otros.

Este reordenamiento del procedimiento administrativo obedece a razones sumamente atendibles, ya que, el Derecho Público en su conjunto tiene como elemento aglutinador al Derecho Constitucional, todas las áreas sectoriales del Derecho Público deberían mantener coherencia con los principios que rigen a la totalidad del ordenamiento.

Por consiguiente, a continuación se pretende mostrar una visión constitucional del procedimiento administrativo, introduciendo categorías propias de esta disciplina a los clásicos principios del procedimiento administrativo.

##### **4.5.1.1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL**

La Supremacía Constitucional es un principio teórico del Derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir sobre un determinado país, considerándola como una Supra-Ley, la Ley Suprema del Estado de la cual todo el sistema jurídico encuentra fundamento. Esto incluiría a los tratados internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas.

La Constitución como norma suprema de un ordenamiento, prime sobre la producción normativa del Estado. Este enunciado debe entenderse en dos aspectos fundamentales: normativamente y desde una perspectiva valorista.



A) Desde una perspectiva normativa, se entiende que la Constitución tiene una fuerza superior con respecto a las leyes, actuando como Ley Superior<sup>43</sup>. Se autoerige como la fuente de las fuentes, se afirma que la Constitución posee una “supralegalidad formal”, que impone formas reforzadas de formas constitucionales, en atención a la intención fundacional de la norma constitucional; así como una “supralegalidad material” que asegura a la Constitución la preeminencia jerárquica sobre la totalidad del ordenamiento jurídico<sup>44</sup>. En efecto para la formulación doctrinaria la Constitución es la Ley fundamental, porque es la base sobre las que descansa todo el ordenamiento jurídico: la Constitución es la premisa mayor de la que derivan las conclusiones legales.

B) Desde, la perspectiva valoralista de la supremacía constitucional se hace alusión al conjunto de valores y principios constitucionales, ya que las normas constitucionales son en su mayoría, normas de principios. Así, en la interpretación de las normas constitucionales, es tan importante la aplicación de la norma-regla constitucional, como la norma-principio, es decir los principios constitucionales.

En lo que respecta a la administración pública se ha regulado por el Principio de Legalidad; en virtud del cual, la actuación administrativa es válida en la medida que se respalde en una norma legal. Como hemos visto con anterioridad, esta concepción se basaba en el axioma jurídico que postulaba que la ley era el mejor mecanismo de defensa de los derechos ciudadanos, sin embargo, si tomamos en consideración que la Constitución debe ser entendida como un conjunto de normas reglas y normas principios, surge la cuestión acerca de cómo compatibilizar la exigencia de cumplimiento de una norma de la justicia administrativa. Sí existe una aparente colisión entre dos principios. El

---

<sup>43</sup> García de Enterría, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Madrid 1985. Pág. 49.

<sup>44</sup> García de Enterría, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 50. No obstante, queremos dejar constancia que el desarrollo de la ciencia Constitucional admite situaciones excepcionales en la que la rigidez formal de la Constitución se ve quebrada, tales como las mutaciones Constitucionales: que parten del hecho que existe una incongruencia entre la norma Constitucional y la realidad Constitucional.

principio de supremacía constitucional con el principio de legalidad. Por ello, postulamos que la relación que debe existir entre el principio de supremacía constitucional y el de legalidad debe ser una relación de jerarquía y de complementariedad. Jerarquía en el sentido que la Constitución como norma jurídica suprema engloba la ley, tanto es así que la norma incompatible con la Constitución se interpretara, en la medida de lo posible, en el marco de la misma. De no ser posible, dicha compatibilización, se procederá al aplicar el control concentrado de inconstitucionalidad de la norma o a aplicar el control difuso, inaplicando la norma en el caso concreto. La relación de complementariedad, se dará en la medida que la ley servirá para llenar de contenido las normas constitucionales, que suelen ser abiertas y abstractas.

#### **4.5.1.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Por todos es conocida la importancia que tiene la administración pública en nuestros tiempos, siendo que al estar siempre dependiente del “Estado”, va de la mano con su evolución. Su estructura por lo demás compleja, con diversas funciones y con reglas especiales, hacen que su estudio requiera cada vez más de mayor profundidad.

Históricamente, se señala que el Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Este partía de un principio básico: la fuente de todo Derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas legales generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas.

El Derecho no era visto en el Antiguo Régimen como legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos (cosmos de privilegios: Max Weber). El Derecho Público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del Monarca, pero, dada la posición trascendental de éste, ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los administrativos como los judiciales, estaban sometidos a las leyes generales (legibus solutus). Todo esto cambia, tal como lo señalamos antes, con la nueva concepción de Estado,

la cual debe ir de la mano con una nueva concepción de la Administración Pública.

En el derecho privado se establece el principio “*permissum videtur in omne quod not prohibitum*”, es decir, toda vez que se rige por el principio de la libertad, se entiende permitido todo lo que no esté prohibido. Esto ha sido recogido en nuestra Carta Magna en el literal a) del numeral 24) del artículo 2º como derecho fundamental, toda vez que se señala que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. En cambio, cuando nos referimos a la administración pública, tenemos que referirnos a otro principio que señala que “*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*” lo que no está permitido hay que entenderse que está prohibido. Siendo este el principio que rige para la administración pública, sólo una norma que habilite la actuación de ésta permite que despliegue todas sus facultades, evitando así posibles actos de arbitrariedad.

La Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, tomando en consideración lo antes mencionado, ha recogido el denominado “principio de legalidad” el cual señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Este principio tiene vinculación con la situación jurídica denominada potestad, la cual se entiende como aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes. Y dado esto, por su origen legal, estas son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

En el ámbito administrativo se señala que estas potestades no se resuelven en ninguna pretensión concreta, sino en la simple posibilidad de producir efectos jurídicos: dictar Reglamentos, con el carácter vinculante de las normas jurídicas, entre otros. Es decir, frente a ésta no existe un deber jurídico, sino, una abstracta sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de las potestades y su eventual incidencia sobre la propia

esfera jurídica. A este propósito, García de Enterría señala que “sometidos o vinculados a esa sujeción no están personas determinadas, sino el conjunto de los ciudadanos (y aun de los extranjeros residentes sobre el territorio): todos tendrán que admitir que un Reglamento les afecte, o que una expropiación recaiga eventualmente sobre sus bienes, o que los mandatos y acuerdos de la policía del orden hagan de ellos sus destinatarios; pero a la vez esa incidencia podrá ser desventajosa, si de la misma resultan cargas o gravámenes para alguno de los sujetos sometidos a tales potestades, pero también ventajosa, puesto que el Reglamento puede ampliar o mejorar su esfera de derechos, o cabe que sea declarado <beneficiario> de una expropiación (...)”<sup>45</sup>.

Se señala que las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular.

Explica García de Enterría que “concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad, <la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales>. Lo cual comporta dos consecuencias, que vienen a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto del derecho subjetivo; negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias.”<sup>46</sup>

**¿Pero que debemos entender por Ley? ¿Ley en sentido material o  
¿formal? ¿Sólo la Ley de segundo rango? ¿Y la constitución?.**

---

<sup>45</sup> García de Enterría, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 433.

<sup>46</sup> García de Enterría, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 434. El Principio de Legalidad en la administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: solo cuando la administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima. En ese sentido, el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse.

Entender sólo la Ley de segundo rango sería dejar de lado aquella norma que le da validez: La Constitución. Esto podría entenderse en un estado de derecho en el cual la constitución no sea considerada norma jurídica; sin embargo, en un Estado Social de Derecho esto no puede concebirse de esta manera. Así lo señalaba Enterría cuando dice que por este principio debe entenderse que las entidades están sujetas “(...) a todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta a los simples precedentes normativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos”<sup>47</sup>, lo cual es también acogido por el artículo IV, del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley de Procedimientos Administrativos Generales.

#### **4.5.1.3. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA**

Cuando se habla de jerarquía, se refiere a que existen niveles en el ordenamiento jurídico, por el cual, van a ver normas que prevalezcan sobre otras en caso de conflictos.

Esto ha sido recogido en nuestra Carta Magna en su artículo 138º, que “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

La discusión si la Constitución contiene normas jurídicas en sentido estricto de alguna manera ha sido superada por la doctrina comparada en función del tipo de Estado en el que nos encontramos, por el cual se afirma que “la constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*.” Al ser ley superior, la cual está positivizada, esta gobierna las fuentes formales del derecho, así como hace depender el sistema entero como una norma fundacional, así como las funciones establecidas en un ordenamiento no positivizado tenía el Derecho Natural. Por eso, se ha señalado que existen

---

<sup>47</sup> García de Enterría, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 435.

conceptos que por lo menos a nivel de discurso ya son consensualmente aceptados por todos en el Perú, siendo uno de ellos el de que ninguna normativa o quehacer estatal, e incluso privada entre particulares, puede ser contraria a lo constitucionalmente dispuesto, en línea de lo que actualmente se denomina “constitucionalización” del derecho.

Siendo esto así, podemos llegar a la conclusión que el principio de jerarquía normativa es uno de los sustentos para el equilibrio del modelo de Estado Constitucional adoptado, toda vez que al prevalecer el texto constitucional – con la valoración que contiene – frente a cualquier norma de rango inferior, se protege la integridad del ordenamiento en su conjunto de manera inmediata, y los derechos fundamentales del hombre de manera mediata.

## **V. LA LIMITACIÓN DE PODER EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El término Administración Pública define al conjunto de organizaciones que realizan la función administrativa del Estado. Es el contenido esencial de la actividad correspondiente al Poder Ejecutivo y se refiere a las actividades de gestión que el titular de la administración desempeña sobre los bienes del Estado para satisfacer las necesidades públicas y lograr el bien general, poniendo de esta manera, en contacto a los ciudadanos con el poder político. La atribución de administrar se somete al marco jurídico que norma su ejercicio.

A fin de dotar de contenido a la función administrativa, es necesario definir cuáles son las actividades que la Administración Pública desempeña en mérito a dicha función, dado que la misma no es en absoluto homogénea.

**5.1. ACTIVIDAD DE LIMITACIÓN DE DERECHOS.-** implica la facultad de la Administración de limitar derechos a fin de obtener la adecuación del comportamiento particular al interés general. Es preciso observar que se reconocen ciertos derechos que no admiten límite alguno, como; los derechos a la igualdad ante la ley, a la libertad de conciencia, a la nacionalidad, a mantener reserva sobre sus convicciones de cualquier índole, o el derecho a

no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes, entre otros. Solo la ley faculta a la Administración para que la misma pueda limitar dichos derechos.

**5.2. ACTIVIDAD PRESTACIONAL.-** está referida al manejo de los servicios públicos. Un servicio público es la prestación obligatoria, individualizada y concreta de bienes y servicios, para satisfacer necesidades primordiales de la comunidad.

**5.3. ACTIVIDAD DE FOMENTO.-** Consiste en la realización de determinadas acciones por parte de la Administración Pública a fin de promover o estimular la realización de ciertas actividades por parte de los particulares, las mismas que son consideradas de interés público.

**5.4. ACTIVIDAD NORMATIVA.-** Consiste en la emisión de normas jurídicas de rango secundario, denominadas en forma genérica reglamentos. Cabe indicar que es imposible que una norma emitida por la Administración pueda modificar o dejar en suspenso una ley. Por ejemplo, los decretos legislativos de urgencia son emitidos por el Gobierno, no por la Administración, gozando del rango de ley que les otorga la Constitución.

**5.5. ACTIVIDAD SANCIONADORA.-** Permite a la Administración sancionar a los particulares por la comisión de infracciones que no poseen la calificación de delitos, por lo tanto no implica impartir justicia. Esta actividad posee ciertos principios que protegen al particular de posibles actos arbitrarios.

**5.6. ACTIVIDAD CUASI-JURISDICCIONAL.-** La Administración Pública se encarga de resolver controversias entre particulares o entre estos y otras entidades del Estado, ya que, “(...) el ordenamiento jurídico ha conferido a la Administración un espacio enorme como órgano de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos, así como órgano de sanción de diversas conductas antijurídicas.”. Dicha actividad se ejerce a través de los llamados tribunales administrativos o de los entes colegiados encargados de componer conflictos.

Según la Ley N° 27444: Por entidad o entidades de la Administración Pública entendemos a las siguientes:

- El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos
- Descentralizados;
- El Poder Legislativo;
- El Poder Judicial;
- Los Gobiernos Regionales;
- Los Gobiernos Locales;
- Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
- Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

## **CAPITULO II: “SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”**

### **I. FUNDAMENTO**

El Estado Constitucional de Derecho (Democrático), supone una norma superior (Constitución, Carta magna, carta Suprema, etc.), que reconozca los derechos fundamentales de todo ciudadano y que vincule a todo a su observancia, al cumplimiento y respeto de los derechos reconocidos en ella.

En efecto, los Estados democráticos actuales, tiene como principal característica el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, sea que se encuentren contemplados en sus propias cartas Constitucionales o en las declaraciones de Derechos Humanos, regulando y en algunos casos creando para ello, mecanismos apropiados que permitan una efectiva vigencia de tales derechos. En el caso que nos ocupa, regulando mecanismos que



permitan un efectivo control de constitucionalidad de las leyes para evitar la aplicación y/o permanencia al interior de un ordenamiento jurídico de normas que contravienen la carta constitucional y como consecuencia de ello se produzcan afectaciones a derechos contemplados por la Constitución del Estado democrático.

De ahí que, coincidimos con Aníbal Quiroga al referir que: “La justicia Constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado Democrático de Derecho a la exigencia de Asegurar una tutela efectiva de los Derechos Fundamentales”<sup>48</sup>.

En el mismo sentido Giancarlo Rolla refiere que. “el proceso de democratización que ha caracterizado a muchísimos países de Europa Oriental y de América Latina se califica por el reconocimiento de los derechos Fundamentales de muchos institutos típicos del Estado de Derecho, por la institucionalización de formas de justicia constitucional”<sup>49</sup>.

De ahí que, “El control de Constitucionalidad es la acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la que debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, los gobernantes y gobernados, así como aplicada a las leyes, decretos y resoluciones”.

El Derecho procesal Constitucional Peruano reconoce la existencia de dos marcados sistemas de control de constitucionalidad:

- El sistema de Control Concentrado (Verfassungserichtsbarkeit: de origen Austriaco), y
- El sistema de Control Difuso o Judicial Review (de origen americano).

---

<sup>48</sup> Quiroga León, Aníbal. “Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano: A Propósito del Control Concentrado de la Constitución”. Id Est Ius. Año II N° 2. Ed. Adrus. Arequipa. 2009. Pág. 6.

<sup>49</sup> Rolla Giancarlo. “Juicio de Legitimidad Constitucional en vía incidental y Tutela de los Derechos Fundamentales”. Id Est Ius. Año II N° 2. Ed. Adrus. Arequipa. 2009. Pág. 18.

Estos dos sistemas de control constitucional tienen por objeto someter a un análisis de constitucionalidad a las normas dentro del ordenamiento jurídico acusadas de inconstitucionalidad, sin embargo, para efectuar el control de constitucionalidad, según refiere el insigne jurista Néstor Pedro Sagués, deben concurrir los siguientes presupuestos:

- Constitución total o parcialmente rígida,
- Órgano de control independiente
- Órgano con facultades decisorias,
- Derecho de los particulares a solicitar el control,
- Sometimiento al control de toda actividad estatal.

En el supuesto que se acredite que la norma debitada es inconstitucional, dependiendo de cual sea el órgano de control que así la sancione, podrá ser inaplicada al caso en el que se ha invocado o se pretende su aplicación o, expulsada del ordenamiento jurídico al que pertenece. En el supuesto que se determine su expulsión del ordenamiento jurídico vigente el efecto producido por el pronunciamiento que así lo dispone, se considerara erga omnes, no pudiendo aplicarse dicha norma a un nuevo caso con similares o idénticas características. Los efectos que produzca el pronunciamiento que decide la contrariedad a la Constitución de la norma debitada pueden ser Inter. Partes, por lo que al ser considerada la norma debitada contraria, y a pesar de ello, esta continua formando parte del ordenamiento jurídico, pudiendo ser aplicada por otro operador jurídico a otro caso concreto; toda vez que la sanción de contrariedad a la constitución únicamente la convierte en inaplicable para el supuesto concreto en el que se produjo la confrontación normativa.

Como hemos señalado en líneas precedentes, los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes persiguen como finalidad la plena vigencia, sin ninguna clase de afectaciones, de los derechos reconocidos por la Constitución del estado democrático, por consiguiente, en adelante analizaremos los diferentes sistemas de control de constitucionalidad, incidiendo en la actuación de la administración ante una norma inconstitucional.

## **1.1. CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO**

Es un modelo clásico, también denominado control abstracto o Europeo. Fue creado por Hans Kelsen en 1919 y se caracteriza por proponer la creación de un tribunal Ad-hoc, cuya única labor sería la de ser el interprete supremo de la ley en forma abstracta, es decir, sin referencia a un caso concreto, gozando de alguna forma de potestades legislativas negativas por su capacidad de derogar, mediante pronunciamiento con rango de Ley toda norma infraconstitucional que fuera sancionada como inconstitucional.

Las acciones de control constitucional, mediante este sistema, tienen una pretensión de orden abstracto, objetivo y estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos y derivadas del uso de sus facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

El sistema de control constitucional Europeo supone la existencia de un “órgano ad-hoc especialmente constituido para tal fin, del modo directo, abstracto y derogatorio erga omnes”, es este caso de un Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Carta Constitucional del Estado Democrático.

En nuestro país, La Constitución define al tribunal Constitucional como el “Órgano de Control de la Constitución” correspondiéndole dos facultades esenciales:

- Interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional.
- Diseñar y definir los alcances de los demás Órganos del Estado de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional.

Por tanto, corresponde al Tribunal Constitucional “ser el supremo interprete constitucional para el ejercicio del control constitucional erga omnes con efecto vinculante, para lo cual debe previamente interpretar adecuadamente el alcance de sus propias atribuciones y facultades con objeto de determinar los parámetros de las facultades que le han sido conferidas por la Carta Constitucional del Estado”. En ese sentido, Aníbal Quiroga señala que esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del Parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

El Tribunal Constitucional realizará el examen abstracto, esto es, sin referencia al caso concreto alguno donde esté en disputa derecho subjetivo alguno, de la ley debatida y en donde el referente constitucional, en análisis de subsunción, si la norma legal debatida es o no incompatible con la Constitución.

Si la primera premisa es cierta, la demanda será rechazada y la norma cuestionada de inconstitucionalidad regresará al sistema jurídico en las mismas condiciones anteriores al cuestionamiento, es decir, en plena vigencia y constitucionalizada.

Si la segunda premisa es cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional, quien actúa como legislador negativo.

#### **1.1.1. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO**

Como principales características de este sistema de control constitucional, tenemos lo siguiente:

- A) CONTROL CONCENTRADO: la facultad para ejercitar el control de constitucionalidad se encuentra reconocida y concentrada en un

solo órgano designado para tal fin; éste es el Tribunal Constitucional; no pudiendo ejercer dicha potestad ningún otro tribunal.

- B) CONTROL DIRECTO: el control de constitucionalidad se ejercita en forma directa en un proceso de inconstitucionalidad, iniciado con el propósito de verificar en abstracto la conformidad con la Constitución de la norma debatida.
- C) CONTROL ABSTRACTO: solo puede calificarse de inconstitucionalidad de la norma en forma abstracta, es decir, sin referencia ni necesidad de existencia de un caso concreto en el que vaya aplicarse la norma cuestionada. Se trata de un análisis de puro derecho realizándose una confrontación entre la norma dubitada con el texto constitucional. No es necesaria su comprobación mediante su aplicación a un caso concreto.
- D) CONTROL CON EFECTO ERGA OMNES: en el supuesto que se comprobase la inconstitucionalidad de la norma dubitada, ésta será expulsada, derogada del ordenamiento jurídico vigente no pudiendo aplicarse ni ser invocada su aplicación con posterioridad a tal derogatoria; en cambio, si no se comprueba su contrariedad a la Constitución, esta retornara al ordenamiento jurídico más constitucionalizada que antes del cuestionamiento, siendo aplicable a todos, los supuestos en los que resulte pertinente<sup>50</sup>.

Finalmente, considerando el momento en el cual pueda ser ejercido el control de constitucionalidad, se ha diferenciado entre control sucesivo o preventivo. En el segunda caso, la verificación se opera antes de la promulgación y en la entrada en vigencia de la ley, en la primera hipótesis, en cambio, el juez constitucional se pronuncia acerca de la conformidad en Constitución de normas ya ejecutadas y aplicadas.

## 1.2. EL CONTROL JUDICIAL “JUDICIAL REVIEW”

---

<sup>50</sup> Johan S. Camargo Acosta. “Juntos pero no Revueltos: Breves Apuntes en torno a los Sistemas de Control de Constitucionalidad de la Leyes: el adoptado en el Perú y algunos países de Latinoamérica”. Pág. 6.

Según la doctrina norteamericana, el control de constitucionalidad por ser una decisión política, no corresponde a los tribunales ordinarios ni a los tribunales administrativos ejercer tal función, sino, más bien a la Corte Suprema Norteamericana.

La posición del control judicial dentro del proceso político queda aclarada con una exposición histórica. Marshall lo ejerció por primera vez en un caso (Marbury – Madison, 1803) que hacía referencia a una ley federal, pero en la segunda aplicación, históricamente fundamental (McCullonch – Madison, 1819) se trataba de la estructura federal de la Unión. En este caso se declaró nula una ley de un estado miembro en base a la supremacía de la constitución. Desde un principio, el control judicial se aplicó, pues en el campo de las relaciones entre la Unión y los Estados. Más tarde fue aplicada frecuentemente, aunque no siempre, cuando se trataba de ampliar la competencia federal a costa de los Estados. Esto confirma el hecho de que en cualquier orden estatal federal es indispensable un órgano para ajustar los conflictos entre el Estado Estatal y los Estados miembros, ya que de otra manera se hundiría la estructura federal. Consecuentemente las relaciones entre el Estado central y los Estados miembros es el dominio legítimo del control judicial. Todos los Estados federales tienen el mismo problema de vigilar si una ley general traspasa la competencia reservada a los Estados miembros o si a la inversa, la legislación de los Estados miembros perjudica los derechos del Estado central.

El segundo campo de aplicación legítimo de control judicial es la protección de las libertades civiles y los derechos fundamentales que ostentan de igual forma todos los destinatarios de poder. En este campo el control judicial se mantiene en la mayor parte de los casos dentro de los límites marcados para la función de ejecutar la decisión política. La actividad de los jueces consiste aquí fundamentalmente, solo en la aplicación de aquellas normas que protegen las libertades civiles contra las intervenciones de la legislación o de la administración. La tarea no es muy difícil cuando los derechos fundamentales, como ocurre en los Estados Unidos, están garantizados incondicionalmente y no como suele ser corriente en otros países

solo dentro de los límites de la ley, en cuyo caso el control judicial no tiene en absoluto ningún punto de apoyo legítimo.

Ya en el tercer campo de aplicación, el control judicial como control interórgano se hace altamente discutible, esto es, cuando los jueces proclaman su derecho de valorar una decisión político social y político económica de los detentadores del poder (gobierno y parlamento). Es bien cierto que la confirmación o desaprobación de la decisión política estará siempre fundamentada o encubierta con el poder de los jueces de defender y preservar la supremacía de la constitución. Este argumento frecuentemente repetido es un camuflaje semántico para la elevación de la Suprema Corte, frecuentemente escindido de forma tajante, a la categoría de arbitro soberano sobre el congreso y el presidente, por más que ambos están elegidos por el pueblo y están obligados a rendir cuenta a sus electores, lo que justamente no es el caso de la Corte Suprema. Si el control judicial se aplica a decisiones políticas, adquiere entonces el carácter de un control político por parte de los tribunales que, teóricamente, no corresponde a la función judicial. Dado que una sentencia negativa anula la ley, el control judicial puede, de hecho ocupar el lugar de la decisión del detentador político del poder. Carece de importancia que la Corte Suprema prescinda de declarar la ley formalmente nula, pues su inaplicación en el caso concreto significa su suspensión definitiva según la regla del stare decisis.

Dentro de las críticas más comunes que se le hace a este sistema de control constitucional, es que un detentador individual de poder que no ha sido nombrado democráticamente, ni está libre de abusar políticamente de su poder, se arroga a sí mismo el derecho de frustrar y de anular la decisión política del Congreso y del presidente, con el consiguiente bloqueo del proceso político, solo puede ser eliminada por medio de una enmienda constitucional.

Estas críticas contra el control judicial puede ser que sorprendan. Se basan en la tesis de que en la democracia constitucional es indispensable y esencial para el equilibrio del proceso del poder la existencia de respectivos controles interórganos. Pero estas críticas no deben ser entendidas como una

puesta en duda o minimización de la utilidad de dicha institución en el marco de la dinámica constitucional americana. En control judicial se ha convertido de tal manera en parte integrante de la vida constitucional americana, que observadores extranjeros lo consideran como rasgo esencial más característico que la supuesta separación de poderes. En el ambiente político de América, con sus fuertes oscilaciones, esta institución opera como un contrapeso frente al congreso, tan valioso como los respectivos controles entre el parlamento y el gobierno tal como se dan en el sistema parlamentario en forma de voto de no confianza y disolución parlamentaria. Cualquiera que sean los daños políticos que haya podido producir ocasionalmente el control judicial, ha sido ampliamente compensado por su eficaz protección de la libertad de los ciudadanos frente al peligro, siempre existente, de las intromisiones del congreso y del gobierno.

#### LA IMPORTACIÓN JURIDICA

Como lo hemos señalado el Control Difuso, como Control de la Constitucionalidad de las Leyes, tiene su origen en los principios del constitucionalismo norteamericano, en el cual, se le reconoce a la Constitución el carácter de Norma Suprema y se les da a los jueces la función de velar por la protección de la misma. Al juez lo obliga la ley y por encima de ésta la Constitución.

El Sistema de Revisión de la Constitución, Judicial Review, inaugurado por el juez Marshal, quien aplicó el método difuso en el caso Marbury vs. Madison en 1803 en USA, obligó a todos los jueces y todos los tribunales el deber de decidir sobre los casos concretos que les son sometidos “de conformidad con la Constitución, desistiendo de la ley inconstitucional”. Lo que constituye “la verdadera esencia del deber judicial”. Sin embargo, en este sistema de control de la constitucionalidad, este papel le corresponde a todos los tribunales y no a uno en particular, y no debe considerarse sólo como un poder, sino como un deber que les está impuesto para decidir sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, inaplicándolas cuando sean contrarias a sus normas.



Teniendo en cuenta los antecedentes, podría evaluarse que el método denominado común o difuso faculta a todos los jueces de un país determinado a declarar la inconstitucionalidad de las leyes; pues, si la Constitución es la ley suprema del país y si se reconoce el principio de Supremacía Constitucional, la Constitución se impone a cualquier otra ley que le sea discordante.

Lo anterior conduce al aspecto central de la racionalidad del método de control de constitucionalidad, el poder para declarar la inconstitucionalidad de la legislación es atribuido a todos los jueces de un país determinado, y no sólo a una Corte o Tribunal en particular. Pero en su origen, la particularidad del sistema norteamericano estuvo en que dicho poder en todos los tribunales no estaba expresamente previsto en la Constitución. En el mismo sentido se desarrollo el sistema en Argentina, como creación pretoriana de la Suprema Corte de la Nación. Sin embargo, en contraste con los sistemas norteamericano y argentino los demás países latinoamericanos, el poder de control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de todos los jueces se ha establecido expresamente de forma general, como una norma de derecho positivo.

#### **1.2.1. EL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ**

Se estableció por primera vez el control difuso en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera.

El artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 recoge el principio antes enunciado para los jueces, y dispone que las sentencias que se dicten en primera o segunda instancia, si no son impugnadas, se eleven en consulta a la Corte Suprema de la República, agregando esta norma el control de la legalidad de las normas jurídicas de inferior jerarquía respecto a la ley en el mismo sentido anteriormente indicado.

Es la Constitución de 1979 la que establece el control difuso en forma genérica en el artículo 87° y en forma específica para el Poder Judicial en el artículo 236°.

La Constitución de 1993 establece el control difuso en sus artículos 51° y 138°. “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado” (Art. 51°, Constitución Política del Perú de 1993).

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior” (Art. 138°, Constitución Política del Perú de 1993).

El Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS de veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y tres, en el artículo 14° establece la forma de proceder de los jueces, al aplicar el control difuso, disponiendo que las sentencias de primera y segunda instancia, si no son impugnadas, se elevarán en consulta a la Corte Suprema de la República.

En ese sentido creemos que el Control Difuso es facultad exclusiva de los jueces que integran el Poder Judicial; y, que no es competencia de otros organismos constitucionales que también ejercen jurisdicción, como por ejemplo el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones; y, por supuesto, de la Administración Pública en general.

Este criterio se fundamenta, en su origen, pues, este sistema de control que lo ejecuta por primera vez el Poder Judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, fue adoptado por nuestra Constitución de 1979 y la Constitución

de 1993, al considerar que no existe la menor duda de que el control difuso debe ser aplicado por cualquier autoridad que debe resolver un caso concreto, porque los artículos 87° y 51° de las Constituciones de 1979 y 1993, respectivamente, contienen un mandato que debe ser acatado por todas las autoridades, sin distinción alguna. Estos artículos habrían sido suficientes para que el Poder Judicial ejercitara esta facultad, pero los constituyentes, atendiendo la tradición histórica del Poder Judicial, han hecho muy bien en consignar norma expresa a cumplirse por los jueces.

La existencia del artículo 51° de la Constitución, implica que el control difuso no es función exclusiva del Poder Judicial. Así lo hemos sostenido respecto al Tribunal Constitucional y al Jurado Nacional de Elecciones.

## **II. EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:**

### **2.1. MARCO DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Resulta importante iniciar la reflexión precisando que la administración se encuentra inexorablemente sujeta al principio de legalidad. Todo lo que haga o decida hacer tiene que tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera.

Por ejemplo, si una entidad pública tiene en su ley de creación asignada la función genérica sobre la labor administrativa a su cargo, pero no se establece en ella como potestad, la potestad de sancionar, dicha entidad no puede vía interpretación concluir que es tácita su competencia para sancionar por el hecho que la ley haya tipificado las infracciones, establecido las sanciones pero no definido el organismo sancionador.

Es decir, la actuación del funcionario administrativo no se rige por el literal a) del inciso 24 del Artículo 2 de la Constitución. “Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” que constituye una garantía fundamental de la persona humana. Sino por la cara opuesta de esa garantía: el funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta.

¿Por qué adoptar ese tratamiento diferenciado para el comportamiento de la persona individual, de la del funcionario administrativo?

El Estado, a través de la administración pública hace uso de su ius imperium y somete a los miembros de la colectividad nacional (administrados) a las regulaciones y disposiciones necesarias para una adecuada convivencia, dentro de un Estado de Derecho. Dentro de ese marco reconoce derechos, establece cargas, exonera de ellas, señala responsabilidades, autoriza, sanciona, entre otras.

Si el funcionario administrativo pudiera regirse solamente por el literal a) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, entonces su actuación estaría supeditada únicamente a su conciencia y curiosamente el ciudadano (administrado) vería afectada tal garantía Constitucional. En resumen un caos en el manejo del Estado.

Por ello, es fundamental la presencia del principio de legalidad en la actuación de la administración.

Lo expuesto no significa que el funcionario administrativo es un mero “aplicador literal” de la norma, sino que es el principio de legalidad el que marca el ámbito de movilidad del funcionario. En algunos casos, su actuación estará muy restringida por la disposición legal, más en la mayoría de los casos existe suficiente discrecionalidad de la administración en su actuación. Pero esta discrecionalidad solo es posible siempre y cuando el marco legal así se lo permita.

Por ejemplo, en una infracción de tránsito o en una infracción tributaria, el policía o el funcionario de la SUNAT, en su caso, aplica directamente la sanción que corresponde a la infracción tipificada. Pero en un ente regulador como Osiptel, frente a una infracción de un prestador del servicio público de telefonía, el funcionario tiene que evaluar, usando su discrecionalidad y aplicando los principios del procedimiento administrativo sancionador, que

monto de multa aplica entre el monto mínimo de 10 UIT o el monto máximo de 50 UIT.

En el primer caso, no hay discrecionalidad sino eventualmente en el análisis de la tipificación del hecho objeto de sanción, mientras que en el segundo, la discrecionalidad es mucho más amplia.

Sin embargo, cabe advertir que discrecionalidad no es arbitrariedad. Es decir, la decisión discrecional debe y tiene que estar debidamente fundamentada a efectos de acreditar su razonabilidad.

## **2.2. FRENTE A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY O NORMA DE RANGO EQUIVALENTE**

Como es por todos conocidos, en un Estado de Derecho, la Constitución es la primera de las normas del ordenamiento jurídico y es la que define el sistema de fuentes formales.

En ese sentido, la Ley como norma de inferior jerarquía inmediata, debe en aplicación del Principio de Legalidad, ser acorde con la Constitución y sus principios. Dicho criterio tiene que tenerse en cuenta al momento de aprobarla y al momento de cuestionar ante el organismo competente su inconstitucionalidad (control concentrado) o su inaplicación al caso concreto por inconstitucional (control difuso). Más una vez que la ley está vigente, la administración no puede, interpretando que es inconstitucional, dejar de aplicarla o pronunciarse en sentido contrario a ella, porque la administración está sometida a la ley y es garantía del administrado que la administración se pronuncie en el marco de la ley.

Por ello, la administración pública, no puede derogar ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla, lo que no impide que sin perjuicio de su cumplimiento, examine la validez de la misma a la luz de la Constitución y proponga por los canales del derecho, su declaración de inconstitucionalidad o su derogación, ante los órganos competentes.

Hay quienes piensan que, considerando que en un Estado de Derecho la Constitución es efectivamente una norma de cumplimiento obligatorio, y la de mayor rango, ello facultaría “implícitamente” a la Administración Pública al control constitucional difuso, por ejercer la llamada función cuasi jurisdiccional. Se argumenta a favor de dicha posición, que de no hacerlo ello implicaría en el fondo que la administración deje de preferir la Constitución a una norma inferior como una ley, lo que sería contrario al carácter vinculante de la primera para todo el Estado y sus órganos.

Nosotros, si bien compartimos la premisa fundamental de la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma inferior, consideramos que el ejercicio por parte de la administración de una facultad “implícita” de control constitucional difuso, podría llevar precisamente a la arbitrariedad o al favoritismo de intereses subalternos. En efecto, la mayoría de las situaciones de inconstitucionalidad no se encuentran en el ámbito de una inconstitucionalidad manifiesta, como podría ser que una sanción administrativa frente a la infracción de miccionar en la vía pública, pueda ser la de flagelar al infractor en plena plaza mayor con 50 latigazos, atado a un poste. Ello abiertamente colisionaría con el artículo 2º inciso 1) de la Constitución y por ende sería manifiestamente inconstitucional.

La mayoría de casos de inconstitucionalidad son más encubiertos y son el resultado de analizar los preceptos fundamentales de nuestra carta magna y de nuestro ordenamiento jurídico para finalmente determinar que hay inconstitucionalidad. Este análisis, se ha considerado en nuestro ordenamiento que está asegurado en conciencia por los órganos jurisdiccionales y por el Tribunal Constitucional, custodios del Estado de Derecho.

Alguien preguntará ¿y si la inconstitucionalidad es manifiesta? ¿La administración solo tiene que cumplir? Creo que nadie con un elemental concepto de conciencia ciudadana y de principios fundamentales podría cerrar los ojos y obedecer el mandato de una ley manifiestamente inconstitucional “sin dudas ni murmuraciones”. Es decir la propia conciencia del funcionario le guiará a una solución que implique no tener que resolver aplicando la norma

manifiestamente inconstitucional, aunque ello sea en extremo, por ejemplo, por la vía de la inacción. Pero peligrosísimo sería si vía un proceso muy complejo de interpretación, la administración pública llega a la conclusión que debe inaplicar una ley porque según el razonamiento seguido dicha norma es contraria al Constitución.

Por ello, el propio órgano máximo de control constitucional peruano, el Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencialmente que tratándose de una norma legal inconstitucional a cuyo amparo se dictó un acto administrativo, “no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad”, no exigiendo en este caso la obligación del agotamiento de la vía por parte del administrado, en cuanto reconoce que la administración estaría imposibilitada de aplicar el control constitucional difuso.

“Por ello, insistimos en sostener que la administración dentro del marco de la constitución debe utilizar o proponer la creación de mecanismos que permitan autorizarla, con seguridad jurídica, a inaplicar la ley a un caso concreto, pero mientras ello no se dé, tiene la obligación de cumplir la Ley mientras se encuentre vigente. Lo contrario sería permitir un quiebre en el ordenamiento jurídico del Estado. Imaginar que un funcionario administrativo cualquiera puede dejar de aplicar una ley que ha sido aprobada por el Congreso y promulgada por el Presidente de la República, porque en su individualidad interpretativa considera que es inconstitucional, (sin contar con los criterios de imparcialidad y competencia de un juez o del Tribunal Constitucional) sería en los términos expuestos algo impensable e inaceptable”<sup>51</sup>.

### **2.3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA INFRA LEGAL**

En principio estaríamos frente a un reglamento, emitido por el Poder Ejecutivo, con nivel de Decreto Supremo en nuestro ordenamiento nacional. En este

---

<sup>51</sup> Pando Vílchez, Jorge. “La Administración Frente a la Norma Inconstitucional ¿Control de Constitucionalidad y Control de Legalidad Administrativa?”. Pág. 5.

tema, hay quienes piensan que no estamos ante una situación similar que la de una Ley inconstitucional.

Considerando que es el Poder Ejecutivo el que en virtud de su arbitrio emite la norma reglamentaria inconstitucional, el mismo podría modificarlo o derogarlo para adecuarlo a la norma Constitucional.

En nuestro caso, consideramos que si bien es cierto el Ejecutivo puede modificar sus reglamentos y por ende no deberían ser de obligatorio cumplimiento si se determina que éste es inconstitucional, lo real es que una norma reglamentaria no solamente pertenece al ámbito y al nivel de un Decreto Supremo, y de permitirse que un funcionario, de manera unipersonal, que considere que una norma reglamentaria es inconstitucional deje de aplicarla por su sola apreciación, también originaría el quiebre de la estructura normativa. En este supuesto, de “control constitucional administrativo” originaría la paradoja siguiente: un Director de un Ministerio que pudiera inaplicar el Reglamento que considera inconstitucional, se pondría en el mismo nivel de autoridad que el Presidente de la República que lo aprueba y promulga y por lo menos del Ministro Estado que la refrenda.

Pero si ese fuera el argumento, entonces no operaría tampoco el “control de legalidad” en virtud del principio de legalidad, pues el mismo argumento podría darse en el caso que un reglamento sea contrario a la Ley y el funcionario prefiera la Ley al Reglamento.

Sin embargo hay que combinar adecuadamente el tema de la correspondencia entre proteger al ciudadano de la inconstitucionalidad del reglamento y protegerlo de la arbitrariedad de la administración.

Una cosa es un texto constitucional, de redacción de principios normativos, genérica y con vocación de permanencia y otra el texto de una ley destinada a regular situaciones específicas y concretas y sujetas a perfeccionamiento permanente y a cambios de coyuntura.



En opinión de Pando Vélchez: “la administración debe siempre intentar interpretar el reglamento como acorde al marco constitucional y solo en el caso que ello no sea posible de ninguna forma, entonces elevar un informe a su superior evidenciando el aspecto inconstitucional del reglamento para proponer su modificación o derogación. Esto es más factible si consideramos que un procedimiento administrativo puede resolverse aplicando la norma con rango de Ley y prescindiendo del reglamento que puede tener el vicio de inconstitucionalidad”<sup>52</sup>.

### **III. ¿Puede la administración pública ejercitar el control difuso de la constitucionalidad normativa?**

La idea de Estado Constitucional de Derecho, está hoy día indisolublemente ligada al conjunto de valores, principios y normas fundamentales y supremas que, al gozar de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, deben prevalecer sobre todo otra norma o acto jurídico. Trae como consecuencia que dicha idea esté asociada también al poder de ciertos órganos especializados de inaplicar o declarar la inconstitucionalidad o nulidad de aquellas normas o actos estatales, incluidas las leyes contrarias a la Constitución. Se habla así de un tránsito del viejo Estado de Derecho, caracterizado por el imperio y soberanía de la ley, al moderno Estado Constitucional de Derecho, donde impera y ejerce soberanía la Constitución.

La Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el parlamento y por tanto la Ley no puede ser contraria a los preceptos Constitucionales, a los principios de que estos arrancan o que se infieran de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado Constitucional de Derecho.

De esta manera, la Constitución no es concebida sólo como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria. Por ello, ese carácter normativo y supremo de la

---

<sup>52</sup> Pando Vélchez, Jorge. Ob. Cit. Pág. 6.

Constitución exige que ella sea tomada como parámetro para controlar o determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema, a fin de asegurar su virtualidad y eficacia.

Ahora bien, respecto al control de constitucionalidad normativa puede ser de tipo político, a cargo de un órgano no jurisdiccional, generalmente dependiente del parlamento; o jurídico, a cargo de todos los jueces u órganos que ejercen jurisdicción. Enfatizando, el control jurídico puede ser difuso, a cargo de los jueces y con efectos exclusivos para el caso concreto, o concentrado, a cargo de un órgano especializado del Estado y con alcances generales o erga omnes. El control concentrado, a su vez, puede ser preventivo – ejercitado antes de que la norma entre en vigencia – o reparador – practicado una vez que la norma haya entrado en vigencia

En el caso del control difuso, los jueces tienen el poder – deber de dar preferencia a la Constitución en los casos concretos que les sean sometido a su decisión y, en consecuencia, de inaplicar las leyes o demás normas jurídicas que consideren inconstitucionales. Se trata de un poder – deber otorgados a los jueces u órganos jurisdiccionales del Estado, que están obligados a ejercitar o cumplir sea cual fuere su competencia o rango, sin importar el tipo de proceso de que se trate. En definitiva, se trata de un poder – deber otorgado a los jueces u órganos jurisdiccionales del Estado, generalmente a través de una norma expresa de la Constitución, tal como sucede en nuestro caso, con el artículo 138º el cual establece que:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

La pregunta de esta afirmación nos suscita es, ¿Puede algún otro órgano encargado de solucionar o prevenir conflictos, preferir la Constitución a

una norma de inferior jerarquía, al momento de tomar una decisión? O más precisamente: ¿pueden los órganos no jurisdiccionales, encargados de solucionar o preferir conflictos, ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa? ¿Lo pueden hacer los árbitros, los órganos de la justicia militar e incluso los órganos de la administración?

En la presente tesis, me propondré en verificar si la administración puede o no hacer uso de ese método de control para inaplicar aquellas normas jurídicas que, siendo contrarias a la Constitución, concurren a la solución de un caso que es materia de un procedimiento administrativo. Al respecto, se podría decir que la administración sólo actúa en el marco de poderes o facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico, y como quiera que la Norma Fundamental no le ha otorgado el poder de inaplicar las normas que considere inconstitucionales: entonces, no hay manera de que la administración pueda ejercitar un poder que no tiene o que no le ha sido conferido.

También se podría decir que, en un primer momento, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en el Expediente N° 007-2002-AI/TC, sobre este tema, al señalar que:

“(...) la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, solo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencia eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable”.

La citada sentencia parecía dar un golpe contundente en el plano del derecho; sin embargo, el tema quedaba abierto al análisis teórico para examinar el derecho que podría ser. Precisamente, el Tribunal Constitucional, cambiando de criterio, emitió una nueva sentencia Expediente N° 3741-2004-AA/TC, que establece como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 28º, 51º y 138º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.

El problema aquí planteado no solo se da en el campo teórico o conceptual, sino también en su operatividad práctica. Lo comprobamos, al apreciar que, en el mundo actual, la administración ha ganado para sí un espacio enorme como órgano de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos, que han sido sometidos a su autoridad por el ordenamiento jurídico, así como órgano de sanción de diversas conductas antijurídicas, en el caso por ejemplo de los órganos administrativos de defensa del consumidor, de la competencia, de la propiedad intelectual, del tribunal Fiscal, de los órganos supervisores de servicios público, etc. En dichos casos la administración ejerce una actividad cuasi jurisdiccional porque resuelve o previene conflictos o impone sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que es impuesta a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo.

El asunto cobra entonces un especial sentido. Por ello considero que la simple referencia dogmática a las sentencias del Tribunal Constitucional no es

suficiente para concluir que esta problemática se encuentra zanjada, especialmente en el plano doctrinario. Todo lo contrario, es necesario analizar sus respectivas posturas para verificar su acierto. Al hacerlo verificamos también, si la Constitución es o no directamente aplicable en un procedimiento administrativo, de tal suerte que, de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, entonces la administración debe preferir la primera. Si la respuesta es positiva tendremos que preguntarnos que mecanismos se deben utilizar, o pueden ser adoptados, para garantizar la eficiencia directa de la Constitución en un procedimiento administrativo. Si la respuesta es negativa, se debe concluir, que la llamada fuerza normativa o eficacia directa de la Constitución no existe, o que existe parcialmente, pues se habrá comprobado que determinados órganos del Estado, o ciertos actores del ordenamiento jurídico, son inmunes a la aplicación directa.

En Efecto la tesis que niega la posibilidad de que la Administración, incluidos los Tribunales Administrativos, ejerzan la facultad de control constitucional de la ley es mantenida por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo<sup>53</sup>, además de varios autores nacionales. Así por ejemplo la Asociación sostiene lo siguiente:

- a) La Administración Pública, al estar sometida a los alcances del principio de legalidad, no puede ni derogar singularmente ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla.
- b) Sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en las normas legales puede apreciar la validez de la norma legal aplicada, y en caso considere que la misma vulnere la Constitución, y proponer su derogatoria o su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.

---

<sup>53</sup> Asociación Peruana de Derecho Administrativo. La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias (Comunicado. Agosto de 2005).

c) El control difuso se ejerce en el marco de un proceso jurisdiccional, el mismo que no discurre en sede administrativa, sino exclusivamente en sede judicial.

d) Una interpretación coherente del marco constitucional, permite afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el control difuso se encuentra reservado para las instancias jurisdiccionales correspondientes, que son las únicas que se encuentran habilitadas constitucionalmente para ejercer la defensa de la Constitución.

e) Propiciar una interpretación por la cual se habilite a todo funcionario u órgano (sea unipersonal o colegiado) de la Administración pública para que pueda efectuar un control difuso de constitucionalidad de normas legales o de legalidad de normas reglamentarias, es una posición que genera una afectación contra el respeto al principio de legalidad administrativa, a la seguridad jurídica y al respeto al Estado de Derecho en nuestro país.

f) En un escenario en el cual existen miles de órganos que ejercen la función administrativa en nuestro país (entiéndase los diversos órganos administrativos existentes en instituciones públicas tales como ministerios, organismos constitucionalmente autónomos, organismos públicos descentralizados, municipalidades provinciales, distritales, entre otros), así como estando en marcha un proceso de descentralización que no termina de ser correctamente entendido en sus alcances como en su progresividad, no es factible ni viable constitucional y legalmente, otorgar validez a las interpretaciones que posibilitan un control difuso de constitucionalidad a los órganos de la Administración Pública.

g) Los procedimientos, actos y decisiones de los órganos de la Administración Pública, son de naturaleza administrativa (de modo formal y material), y no tienen naturaleza jurisdiccional, en vista que los órganos administrativos emisores de los mismos no gozan de los atributos, poderes y garantías de los que se encuentran investidos los órganos jurisdiccionales. No es conveniente que los órganos de la Administración Pública asuman facultades propias de los jueces y órganos judiciales, como la de pretender efectuar un control indirecto de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos<sup>54</sup>.

Por ello considero que la simple referencia dogmática a las sentencias del Tribunal Constitucional no es suficiente para concluir que esta problemática se encuentra zanjada, especialmente en el plano doctrinario.

### **3.1. ARGUMENTOS A FAVOR:**

La Constitución es el fundamento del ordenamiento jurídico y la principal fuente normativa. En ese sentido, desde hace buen tiempo, la tesis de la Constitución como norma, vinculante y exigible jurisdiccionalmente es la que tiene primacía en nuestro país. De ahí que desde la perspectiva del sistema jurídico, en que la Constitución goza de la máxima supremacía jurídica, cobra importancia el principio de coherencia normativa.

En efecto, el sistema jurídico no debe tener normas contrarias a la Constitución; por tanto, pretender que ante la manifiesta inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento la Administración preserve tales normas, sosteniendo que debido al principio de legalidad solo debe cumplirla y ejecutarla, es repetir el viejo principio de Montesquieu pero ahora aplicado a los funcionarios de la Administración, convirtiéndolos prácticamente en seres irracionales que deben limitarse a aplicar una ley inconstitucional.

---

<sup>54</sup> Francisco Morales Saravia. "Tribunales administrativos y control constitucional: Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional del Perú". Gaceta del Tribunal Constitucional N° 3, julio-setiembre 2006. Pág. 4.

Como hemos señalado las particularidades de nuestro sistema legal, que mantiene la coexistencia de leyes y reglamentos expedidos al amparo de Constituciones precedentes, o de épocas en que sencillamente no se aceptaba la tesis de la Constitución como norma, - de manera que las leyes se dictaban sin considerar a la Constitución o en franca contravención a sus normas, a sus principios o sus valores-, nos lleva a considerar la alternativa de la extensión del Control de la Constitución en sede administrativa o cuando menos a nivel de los Tribunales Administrativos o de aquellos que ejerzan materialmente esa función (órganos colegiados).

A diferencia de lo que ocurre en otros países, como por ejemplo Alemania, Italia o España, donde su Constitución lleva décadas aplicándose y donde las leyes se expiden a la luz de sus disposiciones, en el caso del Perú la Constitución actual tiene apenas casi veinte años de existencia. Si descontamos todo el período en que la misma mayoría que aprobó la Constitución expedía leyes de dudosa constitucionalidad y a veces en flagrante violación de sus disposiciones, tenemos un escenario donde se requiere un mayor cuidado al momento de aplicar las leyes y los reglamentos. En especial, los expedidos durante las épocas dictatoriales.

Por ello, en el Perú, el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes o principio de conservación de las leyes, que presume que las leyes son expedidas por un legislador democrático, deben relativizarse, o mejor dicho, deben estar sujetas a un mayor y exhaustivo análisis de constitucionalidad. Lejos de restringir el control constitucional, al menos en la hora presente, debemos propender a su expansión.

Considerando que la facultad de control difuso encomendada al Poder Judicial desde hace varios años ha sido poco utilizada, es conveniente extender tal facultad a los Tribunales Administrativos u órganos colegiados que ejerzan materialmente funciones similares a las de los mencionados Tribunales. Así, el ámbito de los operadores jurídicos encargados de preservar el carácter normativo de la Constitución, y corregir las manifiestas inconstitucionalidades de las leyes y los reglamentos, se verá ampliado con el



consiguiente beneficio de ver hecha realidad la vigencia plena del principio de supremacía constitucional.

Es de resaltar que existen argumentos en contra de que la facultad de control constitucional sea extendida a los Tribunales Administrativos, en el entendido que son parte de la misma Administración y no ejercen función jurisdiccional. Añaden, que como solo la función jurisdiccional tiene la competencia para llevar adelante el control constitucional, los Tribunales Administrativos carecerían de tal facultad. Como sus decisiones no constituyen cosa juzgada y existe el Contencioso Administrativo, será en esta sede donde se pueda cuestionar la constitucionalidad o no de una norma legal o reglamentaria.

Tal tesis obedece a una realidad en la que el Estado Peruano era pequeño y el volumen de reclamaciones ante los Tribunales Administrativos era menor. Incluso tales Tribunales eran menos. Por ello el Poder Judicial era el lugar natural donde se resolvían los conflictos con la Administración.

Hoy las cosas han cambiado, los Tribunales Administrativos son muchos más que en el pasado, además del crecimiento de la propia Administración. Tenemos, entre los más antiguos al Tribunal Fiscal, al Tribunal de la Competencia, en el Indecopi, al Tribunal del OSCE, a los órganos colegiados de los Organismos Reguladores y Supervisores de Servicios Públicos (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS, OSITRAN) entre otros. Tienen equipos de profesionales de alta calidad y competencia y aún cuando sus nombramientos dependen del Gobierno de turno, en varios casos, han dado muestras de independencia funcional.

La carga de reclamaciones ha aumentado y los ciudadanos esperan una solución justa y rápida. No podemos pretender que en el supuesto de una manifiesta inconstitucionalidad o de una evidente lesión a los derechos fundamentales le digamos al administrado que tiene razón pero que la Administración le rechazará su petición porque la ley así lo dice, aunque sea contraria a la Constitución. Además, le diremos, que tendrá que recorrer todo el

procedimiento administrativo, incluso llegar al Tribunal Administrativo, para una respuesta negativa y que recién entonces podrá recurrir al Poder Judicial para exigir la supremacía de la Constitución o la defensa de sus derechos.

Una respuesta de este tipo no hace sino deslegitimar el sistema democrático y generar en los ciudadanos una desconfianza generalizada frente al Estado que conforme al artículo 44º de la Constitución tiene como deber primordial garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

En la realidad los Tribunales Administrativos muchas veces actúan materialmente como una jurisdicción ultraespecializada, y en rigor la regla debe ser que sus decisiones no lleguen al Poder Judicial, sino excepcionalmente. Otorgando la facultad de control constitucional reforzarán su independencia y podrán resolver conforme a la Constitución en casos de duda o conflictos interpretativos. Pero ello requiere que, quienes resuelven en sede administrativa, se vean a sí mismos como funcionarios encargados de resolver conflictos y no como meros seguidores de la Administración. En caso contrario no tendría mucho sentido seguir potenciando este tipo de órganos, puesto que mejor sería acudir directamente a una justicia especializada.

En un sistema jurídico como el nuestro, en el que las leyes y reglamentos vigentes todavía no se adecuan a la actual Constitución, nuestro sistema concentrado de justicia constitucional, tiene el problema de que la acción de inconstitucionalidad prescribe. ¿Ello quiere decir que como nadie impugnó una ley contraria a la Constitución, una vez prescrita la acción, dicha ley se convierte en constitucional? Claro que no. Se dirá que siempre queda el camino del Control difuso, vía amparo, o ante el Poder Judicial, en el caso concreto. Es cierto, pero considerando que el Poder Judicial no aplica mucho esa facultad, extenderla a los Tribunales Administrativos no hace sino buscar un equilibrio, en relación al Poder Judicial, y reforzar el control difuso.

La posición del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 3741-2004- AA/TC, ha sido moderada puesto que ha reconocido tal facultad a los Tribunales Administrativos, u órganos colegiados que materialmente actúan

como aquellos, y no a toda la Administración como era la preocupación de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. La decisión citada complementa y precisa la adoptada en junio de dos mil cinco, cuando el Tribunal Constitucional reconoció que la Administración podía en supuestos de manifiesta inconstitucionalidad preferir la Constitución a la ley inconstitucional, estableciendo que tal facultad les corresponde a los Tribunales Administrativos.

Ahora bien, restringidos los órganos de la Administración a los Tribunales Administrativos, cabe preguntarse en que supuestos puede aplicarse tal facultad. Siguiendo algunos planteamientos ya efectuados Morales Saravia, Francisco propone lo siguiente:

A) La manifiesta inconstitucionalidad de la ley o reglamento, deben ser notoriamente inconstitucionales, conforme al fundamento 156 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del tres de junio de dos mil cinco, recaída en el proceso de inconstitucionalidad sobre la reforma constitucional del régimen pensionario.

B) Bidart Campos sostiene que se trata de una facultad excepcional, consideramos que no debe ser la regla sino la excepción, este supuesto va de la mano con la anterior.

C) Cuando existan sentencias y precedentes del Tribunal Constitucional en el sentido que determinadas Leyes o Reglamentos son inconstitucionales. Con este supuesto se evitará que los administrados tengan que recorrer el largo camino de los procesos judiciales. Además se obtendrían soluciones prontas con apego a la Constitución.

D) Preferentemente deben aplicarse cuando estén en conflicto derechos fundamentales. De este modo se generará una mayor confianza ciudadana en la Administración Pública reforzándose así el sistema democrático.

E) Los funcionarios de los Tribunales Administrativos quedan sujetos a las responsabilidades de ley en caso de manifiesta arbitrariedad en la aplicación de la faculta de control difuso.

F) Ante discrepancias de las partes o de los órganos se podrá recurrir al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional para que uniformice o confirme los pronunciamientos de los Tribunales Administrativos u órganos colegiados<sup>55</sup>.

### **3.2. ARGUMENTOS EN CONTRA:**

#### **3.2.1. UN ARGUMENTO HISTORICO: HANS KELSEN Y SU PROPUESTA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES**

Respecto al control de constitucionalidad de las leyes Kelsen considera al derecho como el principal instrumento de organización y de control de la fuerza. Mientras que Schmitt lo concibe como el producto de la capacidad de decisión de quien detenta el poder político. La contraposición entre ambos autores encuentra numerosos ejemplos temáticos a lo largo de sus respectivas obras. Los dos temas en los que más evidente resulta la distinta concepción del derecho y de la política que sostienen los dos juristas son, en primer término, el de las formas de gobierno, en donde contrastan las posturas abiertamente democráticas de Kelsen con la vena autoritaria sostenida por Schmitt; y, en segundo lugar, el del papel que debe jugar el "defensor de la Constitución" (el control de constitucionalidad), en torno al cual ambos sostuvieron un intenso debate a fines de los años veinte y principios de los años treinta del siglo pasado. Estos dos temas representan una articulación relevante de las respectivas teorías y, conjuntamente, una expresión particularmente significativa de su contraposición, o bien, de la alternativa fundamental entre la primacía del derecho y la primacía del poder.

Es Kelsen, quien identifica al Estado con el ordenamiento jurídico, las categorías de la política tienden a resolverse en categorías del derecho; en

---

<sup>55</sup> Francisco Morales Saravia. Ob. Cit. Pág. 11-12.

Schmitt, por el contrario, el derecho se resuelve, tendencialmente, en lo político; no la norma como tal sino la decisión, es decir la voluntad política que genera la norma, es el principio fundacional y explicativo del mundo del derecho. Aún admitiendo que la situación de "normalidad", tal como lo desea la tradición teórica y práctica del Estado de derecho "burgués", sea aquella en la cual el poder es instituido y regulado por el derecho, para Schmitt, no es esta situación la que debe ser tomada en cuenta para lograr entender la esencia del mundo jurídico y político; ésta resulta evidente sólo ante la situación de emergencia y de crisis, frente al "estado de excepción", es decir a las circunstancias extraordinarias en las cuales la unidad de un pueblo es puesta a prueba.

La contraposición entre Schmitt y Kelsen no sólo se plantea desde una perspectiva metodológica y de principio, sino también, y ante todo, desde una perspectiva conceptual. En ese sentido, la concepción que Schmitt tiene de la política es diametralmente opuesta a la de Kelsen: el sentido de la vida política no reside, para Schmitt, en la búsqueda de la superación de los contrastes y de la composición de los conflictos —en el acuerdo—, sino, por el contrario, se encuentra en el conflicto mismo, más aún, en el conflicto extremo y antagónico. El acto eminentemente político para Schmitt consiste en establecer quién es el enemigo. Pronunciarse sobre la contraposición amigo-enemigo constituye la verdadera decisión política. Por ello, la concepción liberal de la política fundada en una concepción pluralista de la sociedad, que Schmitt considera simplemente privatista, constituye para él una degradación, e incluso una negación de la política, en la medida en la que desconoce al auténtico principio de esta última: el pueblo homogéneo que se contrapone a sus enemigos.

## **DIFERENTES NOCIONES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

### **LA RELACIÓN ENTRE EL PODER Y EL DERECHO SEGÚN KELSEN Y SCHMITT**

La contraposición por excelencia entre Kelsen y Schmitt se manifestó, como es bien conocido, a propósito de la controversia real y directa, sobre el tema del "Defensor de la Constitución". La toma de posición de Kelsen a favor de una Corte Constitucional que vigile la constitucionalidad de los actos del poder

político, por un lado, y la opción escogida por Schmitt a favor de la atribución al presidente del Reich del papel de custodio de la Constitución, por otro lado, se presentan como manifestaciones consecuentes, respectivamente, del normativismo y del decisionismo; o bien, retomando una vez más el esquema conceptual de Bobbio, de las dos teorías que de manera más clara y radical atribuyen, una, la primacía del derecho sobre el poder, y la otra, la primacía del poder sobre el derecho.

En ese sentido, el tema de la "Defensa de la Constitución" representa la continuación y el desarrollo lógico de las respectivas teorías de las formas de gobierno elaboradas por Kelsen y por Schmitt, y de alguna manera cumple la función de "cerrar" sus correspondientes "sistemas" conceptuales.

La polémica sobre la Garantía de la Constitución se desarrolló en tres momentos: En 1928, Kelsen publicó en Francia un largo ensayo titulado "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución"<sup>56</sup>, en el cual sostiene, como se verá con mayor detenimiento más adelante, que un ordenamiento jurídico coherente y que funciona correctamente necesita de la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad, es decir de un mecanismo de revisión encomendado a un tribunal específico, que esté encargado de verificar que la legislación y los demás actos de creación normativa que le estén subordinados, respeten los procedimientos y los contenidos específicos que establece la Constitución y, en caso de que así no ocurra, remedie esa situación a través de la anulación de esos actos. En 1931 Schmitt publica, a manera de respuesta al ensayo kelseniano de 1928, "La Defensa de la Constitución"<sup>57</sup>, en donde considera también la necesidad de un control constitucional que, no obstante, no debe ser ejercido a través de la intervención de un tribunal —como proponía Kelsen—, sino que esa función de garantía debería estar encomendada al jefe del Estado. A este último le correspondería, en términos de Schmitt, la función de "pouvoir neutre" que Benjamín Constant, un siglo antes, le había atribuido a la figura del rey en una monarquía constitucional.

---

<sup>56</sup> Kelsen, Hans. "La Garantía jurisdiccional de la Constitución", México, UNAM, 1974 (La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution —La justice constitutionnelle—).

<sup>57</sup> Schmitt, C., La defensa de la Constitución, Barcelona, Labor, 1931 (Der Hüter der Verfassung).

La réplica kelseniana a las tesis sostenidas por Schmitt no se hizo esperar y en el mismo 1931 ve la luz ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?<sup>58</sup>, texto en el que se articula una cuidadosa crítica a las ideas schmittianas, además, de replantear de manera enérgica la solución planteada por la Constitución austriaca de 1920 de "Defender la Constitución" a través de una específica corte constitucional<sup>59</sup>. Intentemos reconstruir en sus grandes líneas las propuestas planteadas por los dos autores sobre este tema para luego intentar circunscribirlas en sus respectivas teorías políticas.

La esencia de la teoría kelseniana de la garantía constitucional tiene que ser buscada en la concepción del ordenamiento jurídico como un sistema jerárquico de normas (Stufenbau) que, al estar supraordenadas la una a la otra, regulan su propia creación instituyendo poderes jurídicos (Rechtsmächte) autorizados para crear normas. Con base en este sistema, la norma superior se presenta como la fuente de origen y de validez de todas las normas inferiores. En el vértice de esta "escalinata de normas" encontramos a la Constitución (es decir, la norma fundamental entendida en su sentido "jurídico-positivo"), que se

---

<sup>58</sup> Kelsen, H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? , Madrid, Tecnos, 1985 (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?).

<sup>59</sup> La Constitución Austriaca de 1920, de cuyo proyecto Kelsen fue uno de los redactores, instituía en su título VI, apartado b) al "Tribunal Constitucional" que era competente para: 1) decidir sobre la legalidad de las ordenanzas de las autoridades federales o estatales y, en caso de que fueran ilegales, anularlas (artículo 139); 2) pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes federales y estatales, y anular aquellas que fueran consideradas inconstitucionales (artículo 140); 3) recibir y resolver las impugnaciones que fueran presentadas en contra de las elecciones del Consejo Nacional, del Consejo Federal, de las dietas y de las otras asambleas representativas, y decidir también sobre la revocación del mandato de alguno de sus miembros (artículo 141); 4) pronunciarse sobre la eventual responsabilidad jurídica del presidente de la Federación, de los miembros del gobierno federal, del jefe de un Estado y de los miembros del gobierno de un Estado (artículo 142); y 5) dar respuesta, una vez agotada la vía gubernamental, a los recursos interpuestos por la violación de los derechos garantizados por la Constitución provocada por decisiones o actos administrativos (artículo 144). Es interesante recordar que el mismo Kelsen fue miembro del Tribunal Constitucional austriaco, cargo al cual renunció en 1929; en relación con este punto, véase Petta, P., "Schmitt, Kelsen e il `Custode della Costituzione'", Storia e Politica, Roma, XVI, fasc. III, septiembre de 1977, pp. 507 y ss. Sobre el papel jugado por Kelsen en el proceso de construcción de la Constitución austriaca y sobre su participación en el Tribunal Constitucional de ese país, véase Bongiovanni, G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 143 y ss. citado por Lorenzo Córdova Vianello. "La Contraposición entre Derecho y Poder desde la Perspectiva del Control de Constitucionalidad en kelsen y Schmitt".

presenta como la primera norma positiva del ordenamiento jurídico y, por ese mismo hecho, como la fuente de validez directa o indirecta de todas las normas que le son inferiores. La Constitución establece los procedimientos de creación normativa, pero puede también determinar los contenidos fundamentales a los cuales las normas inferiores deberán ajustarse. Del respeto de los procedimientos y, en su caso, de los contenidos establecidos por la Constitución depende la validez de las normas que componen un ordenamiento determinado. En tal virtud, una norma creada por un poder no autorizado, o bien creada por la autoridad competente, pero sin respetar los principios formales y sustanciales establecidos en la Constitución, debe ser considerada como inválida y por lo tanto nula, lo que equivale a decir que es jurídicamente inexistente.

Si atendemos a la estructura a grados del ordenamiento jurídico, por debajo de la Constitución encontramos colocadas en una relación de subordinación a las normas de carácter general (leyes o reglamentos). Esa situación de correspondencia que existe entre la Constitución y las normas que le son inmediatamente inferiores, que constituye el fundamento de validez de éstas últimas, es conocida como constitucionalidad. La inconstitucionalidad de una norma, es decir, su falta de coherencia con las reglas establecidas por la Constitución puede ser de tipo formal o material, si no fueron respetados los procedimientos preestablecidos para su creación o si los contenidos plasmados en dicha norma no coinciden con los establecidos en la Constitución<sup>60</sup>.

El tipo de relación jerárquica que existe entre las normas pertenecientes a los grados sucesivos del ordenamiento jurídico (la validez de una norma derivada de una ley, por ejemplo), depende del hecho de que su creación se haya dado siguiendo las reglas y de conformidad con los contenidos establecidos por la ley de la cual se derivan. Esta ulterior correspondencia, inferior a la que media entre la Constitución y una ley, coincide con el fenómeno jurídico que es comúnmente conocido como legalidad. En este

---

<sup>60</sup> En este sentido, sostiene Kelsen, "cada grado del ordenamiento jurídico constituye, por lo tanto, al mismo tiempo, producción del derecho en relación con el grado inferior y reproducción del derecho respecto del grado superior". Kelsen, H., "La garanzia giurisdizionale della costituzione", en id., *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè,



sentido, debemos distinguir dos aspectos del concepto de legalidad: uno lato sensu frente a otro stricto sensu. El primero, que corresponde con el principio de legalidad que inspira el así llamado "Estado de Derecho", significa, en términos generales, la congruencia de los actos de las autoridades con los contenidos de las disposiciones legales que regulan su actuación (tanto a la Constitución como al resto de las normas —leyes y demás disposiciones inferiores— del ordenamiento jurídico). Por su parte, el concepto de legalidad stricto sensu hace referencia explícita al deber de cualquier autoridad estatal de apegar sus actos a lo establecido por cualquier norma inferior a la Constitución (que, por su parte, vendría a determinar el vínculo específico de constitucionalidad).

De cualquier manera, en última instancia, y dada la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, todas las normas dependen directa o indirectamente de la Constitución por lo que tiene que ver con su validez. Una violación de la legalidad es, al mismo tiempo, una violación indirecta de la constitucionalidad, desde el momento en el que todas las normas de un sistema determinado pueden ser reconducidas, in finis, a la Constitución. La trasgresión de las reglas formales o sustanciales establecidas por la Constitución puede ser causada por actos "directamente derivados de la Constitución", en cuyo caso se habla de una inconstitucionalidad inmediata; o bien por actos o normas no regulados directamente por la Constitución, sino por otras normas inferiores, caso en el cual se verifica una inconstitucionalidad mediata. Del vínculo de dependencia existente entre la legalidad y la constitucionalidad se deriva lo que Kelsen denomina "regularidad" del sistema jurídico, es decir, "la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico".

De esta manera, la llamada "Garantía de la Constitución" tiene la finalidad, según Hans Kelsen, de preservar la "regularidad" del ordenamiento, a través de la tarea de verificar la correspondencia entre las leyes y la Constitución e, indirectamente, de todas las normas inferiores con esta última. La función de la garantía de la Constitución es, en pocas palabras, la de mantener la coherencia formal y sustancial del ordenamiento jurídico en su

conjunto, anulando, para ello, todas las normas y actos juzgados como inconstitucionales.

Por su parte, Carl Schmitt retoma el tema de la garantía de la Constitución planteado por Kelsen pero lo enfoca de una manera radicalmente distinta. Ello es así porque el concepto de Constitución al que el primero de estos autores hace referencia no tiene nada que ver con la idea que maneja el segundo. Tener este hecho en cuenta resulta fundamental para nuestro análisis en la medida en la que, al cambiar el objeto que debe ser "custodiado", cambia el significado de la idea misma de garantía y, naturalmente, las conclusiones a las que llega cada uno de los juristas a los que nos referimos son totalmente distintas.

El significado que Schmitt<sup>61</sup> le da a la idea de Constitución, entendida como la "decisión total sobre la especie y la forma de la unidad política de un pueblo", es el resultado de su concepción organicista de la sociedad. La Constitución no es para este autor una norma (o, en su caso, un conjunto de normas), que establece los principios fundamentales con base en los cuales se regula la vida social, sino, más bien es la expresión de la presunta unidad de un pueblo que "adquiere conciencia de su existencia colectiva". En consecuencia, custodiar a la Constitución no significa para Schmitt lo que ordinariamente se conoce como garantizar la "constitucionalidad de las normas", sino, por el contrario, proteger la unidad y, por ello, la existencia política de un pueblo. Esta particular concepción revela, una vez más, el profundo rechazo que Schmitt le profesa a las concepciones normativistas. Los conceptos schmittianos del derecho, en general, y de Constitución, en particular, rebasan el ámbito normativo y asumen connotaciones existenciales. Para Schmitt la Constitución existe más allá de las normas positivas, desde el momento en que representa la manifestación de la unidad de un pueblo, la cual debe poder existir y por ello ser protegida incluso en las situaciones excepcionales en las cuales las normas dejan de tener eficacia.

---

<sup>61</sup> Schmitt, Carl. "Sobre los tres modos de pensar la ciencia Jurídica". Madris. Editorial Teconos 1996. Pág. 77.

Por lo demás, el distinto significado de Constitución sostenido por cada uno de los dos autores es la consecuencia natural de dos modos totalmente opuestos de concebir al derecho, a la política y, sobre todo, a la sociedad. Por una parte encontramos una visión, la de Kelsen, abiertamente declarada como relativista, para la cual el pluralismo es un dato de hecho en las sociedades modernas que debe ser reconocido, pero además, representa al mismo tiempo un valor que debe custodiarse. La Constitución en estas condiciones representa el conjunto de las reglas que permiten la convivencia pacífica entre los individuos, que son diversos en sus opiniones políticas, filosóficas y religiosas, en el marco del derecho. En este caso, la política es concebida como la constante búsqueda de la convivencia pacífica, que para ello hace uso del instrumento jurídico por excelencia: las normas.

Por otro lado, encontramos la posición de Carl Schmitt, para quien el pluralismo representa una especie de enfermedad que corrompe y disuelve la unidad del pueblo. Este último es concebido, no como una mera suma de individuos, sino como un sujeto colectivo unido por el reconocimiento de vínculos de afinidad que le permiten identificarse y, precisamente por ello, diferenciarse respecto de otros pueblos. Es justamente en esa diferenciación frente a los otros —diferenciación que constituye el punto de partida para una contraposición y para el combate a los contrarios— lo que define a juicio de Schmitt a la política. La posibilidad de que nazcan y se manifiesten diferentes orientaciones políticas al interior de cada pueblo, debe ser categóricamente excluida, si no se quiere llegar a la fragmentación y, con ello, a la "muerte política" de la nación. En este caso, el pueblo es una única masa homogénea que sólo puede distinguirse cuando se compara con otras masas diversas que son igualmente homogéneas hacia su interior. Por lo que hace a la Constitución, en esta concepción, ésta no es otra cosa más que la forma a través de la cual "existe políticamente un pueblo".

### **¿QUIÉN DEBE CUSTODIAR LA CONSTITUCIÓN?**

La propuesta kelseniana de una corte encargada expresa y específicamente del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos ejecutivos del poder público se inspira, como reconoce el mismo Kelsen, en el Tribunal

Constitucional instituido por la Constitución austriaca de 1920. Este autor piensa así, en lo que se ha llamado "control de constitucionalidad" de tipo "centralizado". Este tipo de control no debe ser confundido con el de tipo "difuso" establecido por la Constitución estadounidense de 1787, el cual le concede a todos los jueces la capacidad de resolver sobre la constitucionalidad de las normas y de decidir, en consecuencia, si aplicarlas o no. En un sistema como el estadounidense, fundado en el case law, la decisión de un tribunal en particular de no aplicar una norma juzgada inconstitucional puede tener el efecto concreto de una virtual nulidad de la misma. Por el contrario, en un sistema como el "europeo continental", en donde cada precedente judicial en lo individual no tiene "fuerza de ley", el control difuso no representa un sistema de garantía constitucional realmente eficaz: esta es la razón por la que Kelsen sostiene la conveniencia de un control centralizado que permita, a través de la sentencia de inconstitucionalidad de una norma, por parte de un tribunal especializado, la anulación de ésta.

Un sistema centralizado de constitucionalidad, sostiene Kelsen, "puede ser encomendado sólo a un órgano supremo central"<sup>62</sup>, un tribunal constitucional creado expresamente para ello. Esta decisión es motivada por la exigencia de que el poder de anular los actos inconstitucionales adoptados por el parlamento o por el gobierno, sea confiado a un órgano diverso e independiente de cualquier otra autoridad estatal. "La función política de la Constitución —afirma el autor— es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la Constitución significa certeza de que estos límites no serán rebasados"<sup>63</sup>; por ello, ningún órgano es menos idóneo para cumplir con la tarea de custodiar a la Constitución que aquél que tiene el poder político para poder violarla. De esta manera, el principio de que "nadie puede ser juez en su propia causa" es el que lleva a Kelsen a proponer como garante de la Constitución a un órgano ajeno a la aplicación cotidiana de ésta. El parlamento

---

<sup>62</sup> Kelsen, H., "La garanzia giurisdizionale". Kelsen no excluye la coexistencia de diversos mecanismos de garantía constitucional que contribuyan a asegurar la regularidad de las normas, pero subraya que "la anulación del acto constitucional representa la principal y la más eficaz garantía de la Constitución". Hay que esa anulación, tal como la pensaba Kelsen, podía realizarse solamente por parte de un poder central, preferiblemente de tipo judicial como, por ejemplo, un corte constitucional.

<sup>63</sup> Kelsen, H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Ob. Cit.

y el gobierno, en cuanto son órganos que participan en la tarea legislativa, son precisamente los principales poderes —aunque no los únicos— que deben ser controlados mediante el procedimiento de garantía constitucional, por lo cual, de conformidad con el principio referido, la revisión de sus actos no puede ser atribuida a alguno de sus miembros<sup>64</sup>. La naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad es justificada por Kelsen, además, con base en su convicción de que la interpretación de la Constitución es una tarea estrictamente jurídica y, por esa razón, debe ser confiada a técnicos del derecho, como es el caso de los jueces. Resta el hecho, no obstante, que los jueces ordinarios podrían, a través de sus sentencias, minar la coherencia y la regularidad del ordenamiento jurídico a través de resoluciones contradictorias, por lo que se hace necesario crear expresamente un tribunal que concentre de manera exclusiva la tarea de controlar la constitucionalidad del sistema jurídico, y no confiar esta competencia a los tribunales ordinarios.

El enorme poder derivado del ejercicio del control de constitucionalidad no escapa a la atención de Kelsen, todo lo contrario; es precisamente en razón de ese poder que sostiene que esa función no debe ser atribuida ni al órgano ejecutivo ni al órgano legislativo. Ello significaría, en efecto, contravenir el principio de la división de poderes que se funda en la idea de los pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre los diversos órganos del Estado. En este sentido, confiar la jurisdicción constitucional a una corte específica, y volverla independiente de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como de la jurisdicción ordinaria, representa un reforzamiento del principio de equilibrio y de balance del poder entre los diversos órganos del Estado, que es esencial para la democracia.

---

<sup>64</sup> Kelsen, H., "La garanzia giurisdizionale". En ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Kelsen agrega: "Dado que la Constitución distribuye, en sustancia, el poder entre dos órganos, parlamento y gobierno (en donde por "gobierno" debe entenderse al órgano compuesto por el jefe del Estado y por los ministros que refrendan sus actos), existe necesariamente, ya por ese mismo hecho, un antagonismo permanente entre el parlamento y el gobierno. Y el peligro de que la Constitución sea violada nace sobre todo de la posibilidad de que alguno de los dos órganos sobrepase los límites que la Constitución les ha asignado. Por el hecho de que en los casos más importantes de violaciones a la Constitución, el parlamento y el gobierno son partes en causa, resulta oportuno hacer decidir de esa controversia a un tercer órgano que esté fuera de ese contraste y que sea del todo ajeno al ejercicio del poder que la Constitución reparte esencialmente entre el parlamento y el gobierno". Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho". Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1985. Pág. 269 y 270.

Schmitt rechaza la opción de Kelsen a favor de un Tribunal Constitucional en la medida en la que, sostiene, la garantía de la Constitución es una función política y no meramente jurisdiccional. Quien propone la institución de un tribunal constitucional en Alemania, afirma Schmitt, lo hace inspirándose en la figura de la Suprema Corte establecida por la Constitución estadounidense sin darse cuenta que ese órgano "es todo menos una corte constitucional"; éste es en realidad el verdadero y propio centro del poder de decisión de una forma de Estado que Schmitt califica como "jurisdiccional". Pretender crear un tribunal de ese tipo en una república como la de Weimar sería, según Schmitt, un grave sinsentido que acarrearía la peligrosa consecuencia de politizar a la jurisdicción. Una vez más, Schmitt concibe los planteamientos de Hans Kelsen como una expresión de la "doctrina burguesa" del Estado de derecho, para la cual el contraste entre los intereses privados presentes en la sociedad debe ser resuelto por las instancias jurisdiccionales, a través de la interpretación y la aplicación de las normas. La garantía de la Constitución, sostiene Schmitt, no debe ser considerada como una instancia para la solución de intereses privados contrapuestos, sino más bien como la protección de la unidad del pueblo, en contra de peligros de todo determinados y concretamente temidos, que provienen fundamentalmente de la acción del Poder Legislativo; protección que no es posible con el recurso privatista de resolver los conflictos gracias a la actuación de un tribunal.

Para Hans Kelsen estas afirmaciones de Carl Schmitt son "el típico galimatías de teoría jurídica y política del derecho", porque la decisión de un juez es en realidad tan "política" como lo es un acto del legislador o de un miembro del gobierno, en la medida en la que todos ellos no son otra cosa sino creadores de derecho; todos estos actos, según este autor, implican una decisión que de alguna manera puede ser calificada como "política". La diferencia entre el carácter político de los actos de un juez y de los legisladores y gobernantes es de tipo cuantitativo y no cualitativo, como sostiene, por el contrario, Carl Schmitt. Para Kelsen "toda controversia jurídica es una controversia política, y todo conflicto que sea calificado como conflicto de intereses, de poder o político, puede ser decidido como una controversia

jurídica". Es precisamente por el hecho de contener un excesivo grado de politización, que la función de control de constitucionalidad debe ser atribuida a un tribunal. Esto es así porque, en la medida en la que un tribunal es extraño a los eventuales conflictos e intereses políticos que se manifiestan en el seno del gobierno y del parlamento, puede evitar sobrecargar políticamente la decisión sobre la constitucionalidad de una norma.

Por su parte, para Schmitt, la opción de atribuir la función de control de la Constitución Alemana al presidente del Reich es una respuesta inevitable frente a la incapacidad de decisión característica del sistema parlamentario y al nocivo pluralismo político del que esta forma de gobierno es expresión. Para este autor, la transposición en la escena política del pluralismo que caracteriza a las sociedades modernas (que no es otra cosa sino la proyección del contraste de los intereses privados que se manifiestan en ellas), y a partir del cual se deriva el sistema parlamentario del "lábil Estado de partidos" (labilen Parteienstaat), es una amenaza sumamente peligrosa que debe ser acotada<sup>65</sup>. La función del defensor de la Constitución es precisamente la de mantener a raya los intereses privados representados en el parlamento y de garantizar, de esta manera, la integridad y la homogeneidad de la nación. Desde la perspectiva de Schmitt, si el parlamento, debido a su tendencia al compromiso, representa un peligro potencial para el Estado, una corte no puede ser un instrumento adecuado para cumplir con una tarea que es fundamentalmente "política" como es el caso de la defensa de la Constitución. En consecuencia, no resta sino confiar esa función al gobierno y, más específicamente, al jefe del Estado. "Haciendo del presidente del Reich el punto central de un sistema plebiscitario como también de las funciones e instituciones políticamente neutrales, la Constitución vigente del Reich busca desprender, precisamente

---

<sup>65</sup> Sobre el sistema pluralista, Schmitt se expresa de esta manera: "El sistema pluralista, con sus continuos acuerdos de partido y de fracción, transforma al Estado en un conjunto de compromisos y de acuerdos, a través de los cuales los partidos, que de vez en cuando participan con el objeto de la coalición gobernante, se reparten todos los encargos, los ingresos y las ventajas con base en la regla de las cuotas de poder y consideran como justicia, en la medida de lo posible, a la paridad que en tal forma respetan. La Constitución de un Estado dominado por estos métodos de formación de la voluntad política se reduce al principio "pacta sunt servanda" y a la defensa de los "derechos regularmente adquiridos". Ello distingue a las consecuencias de todo sistema pluralista.

del principio democrático, un contrapeso al pluralismo de los grupos de poder social y económico y defender la unidad del pueblo como totalidad política".

Un Estado fundado en la constante búsqueda del compromiso entre las diversas corrientes políticas (precisamente aquello que para Kelsen constituye la esencia de la democracia), para Schmitt, no es solamente un Estado incapaz de gobernar y de sobreponer a los intereses privados el interés de la nación, sino es también un Estado en el cual las diversas opiniones corren continuamente el riesgo de radicalizarse y de generar la contraposición política fundamental (amigo-enemigo) al interior de ese país, pulverizando la unidad del pueblo y creando de esta manera un escenario de una potencial guerra civil. Por ello, según Schmitt, "además de las fuerzas meramente partidistas deben existir otras fuerzas apartidistas y sobrepardistas, si la unidad estatal no quiere disolverse en una correlación pluralista de complejas fuerzas sociales". Es necesario un poder capaz de situarse por encima de los intereses de los partidos. Un poder, en suma, que sea capaz de tomar las decisiones y al mismo tiempo ser neutral (en donde por neutralidad debe entenderse como el atributo de un órgano institucional y no de la persona que es su titular). Sólo un poder de ese tipo puede cumplir a cabalidad, según Carl Schmitt, la función de ser el defensor de la Constitución<sup>66</sup>.

La neutralidad y la capacidad de mando no son, por lo tanto, incompatibles según Schmitt: al contrario, es precisamente la neutralidad, entendida como la capacidad de representar a todos los componentes de un pueblo más allá de los intereses privados, el elemento de fuerza que permite decidir de manera eficaz e incontrastada. Este papel de poder neutral es, para Schmitt (que se inspira, de manera declarada por él mismo, en la teoría del *pouvoir modérateur* de Constant), el que cumplía el rey en las monarquías

---

<sup>66</sup> Para Schmitt "según el contenido presente de la Constitución de Weimar, ya existe un defensor de la Constitución, es decir, el presidente del Reich". En efecto, tanto su posición institucional, como sus poderes "tienen la finalidad de crear una posición neutral desde el punto de vista partidista, a causa de su conexión inmediata con la totalidad estatal, de la cual, en cuanto tal, es el defensor designado y el custodio de las condiciones constitucionales y del funcionamiento constitucional de las más altas instancias del Reich y, para enfrentar el caso de emergencia, está dotado de poderes eficaces para una defensa activa de la Constitución".



constitucionales y que, en una república parlamentaria como la de Weimar, le corresponde indudablemente al presidente.

El papel neutral que juega el presidente del Reich se deduce, además, según Schmitt, del hecho de que, de conformidad con la Constitución de Weimar, el presidente es elegido directamente por todos los ciudadanos, situación que lo convierte en el representante unitario de todo el pueblo Alemán. Este fundamento "plebiscitario" de la neutralidad del presidente es, para este autor, la fuente primigenia de su capacidad de mando y de decisión. "El hecho de que el presidente del Reich sea el defensor de la Constitución, resulta, también por sí sólo, del principio democrático, sobre el cual se basa la Constitución de Weimar. El presidente del Reich es elegido por todo el pueblo alemán, y sus poderes políticos frente a las instancias legislativas (especialmente el de disolución del Reichstag y la de realización de un referendum) son, en los hechos, solamente un 'llamado al pueblo'". Para Schmitt, la tarea de defensa de la Constitución significa mucho más que la simple garantía constitucional: el hecho de querer conferirle ese poder al presidente lo convierte en la verdadera guía política del pueblo alemán. Esta función de guía es evidente, según Schmitt, por el hecho de que al presidente, en la medida en la que es expresión de la unidad política del pueblo y por ello es una emanación directa de la voluntad de éste, le es atribuido el poder decisonal que se describe en el artículo 48º de la Constitución alemana de 1919. Se trata de un poder del todo excepcional que también prevé, incluso, la posibilidad de suspender a las garantías constitucionales. Este poder "dictatorial" en manos del presidente no contrasta, según Schmitt, con el carácter democrático del Estado que instituye la Constitución de Weimar; por el contrario, el verdadero significado de la democracia plebiscitaria está contenido en la figura del presidente como guía política del pueblo. Por esta razón, la función de garantía de la Constitución atribuida al presidente-dictador va más allá de los límites normativos establecidos en las leyes constitucionales, cuando la finalidad de esa extralimitación legal sea la legítima tarea de salvaguardar la existencia y la unidad del pueblo.

Para Kelsen, el pretender presentar al presidente como un poder neutral que, en virtud de su elección directa por parte de los ciudadanos, expresa la voluntad unitaria del pueblo, es una típica ficción pseudo-democrática que no toma en cuenta del hecho de que, en realidad, esa elección se produce a través del mecanismo —tantas veces refutado por Schmitt— de la votación secreta e individual y no mediante una "espontánea aclamación" de las masas. Además, no hay que olvidar que el presidente es elegido por una mayoría (y en ocasiones, eventualmente, hasta por una minoría) de los electores que están en "lucha" con otros grupos de electores; en tal virtud, pretender ver en su designación por la vía electoral la manifestación de la voluntad del pueblo entero, y más aún, presentar las decisiones del presidente como la expresión concreta de esa voluntad unitaria, tal como hace Schmitt, significa simplemente cerrar los ojos frente a una realidad evidente.

## **CONTROL CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA**

Es claro que los dos mecanismos de control de constitucionalidad propuestos respectivamente por Hans Kelsen y por Carl Schmitt son el resultado coherente de dos concepciones totalmente opuestas del Estado y, sobre todo, de la democracia. Por un lado encontramos una concepción garantista, la que sostiene Kelsen, que propone un mecanismo de control del poder político al interior de un sistema democrático; para ello se parte de una interpretación de la democracia que considera consustancial a ésta la búsqueda permanente de un equilibrio entre los diversos órganos del Estado, para procurar evitar que un exceso de poder en manos de uno o en otro lo ponga en grado de infringir las reglas de la convivencia y de lesionar los derechos garantizados por la Constitución. El garantismo que subyace a esta concepción de la democracia está enfocado esencialmente a la protección de las minorías frente a los eventuales abusos por parte de la mayoría. Para Kelsen, como es sabido, el sistema democrático favorece la posibilidad de un compromiso entre los diversos grupos que sostienen opiniones políticas diferentes; es pues un sistema que le permite a todos expresar su propia orientación y opinión política y tener voz y peso en el proceso de formación de la voluntad colectiva. La función de garantía o de "defensa" de la Constitución tiene que estar encaminada, por lo tanto, a la protección de los derechos de las minorías, ante

todo del derecho a no padecer la tiranía de la mayoría. "Si la esencia de la democracia consiste no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los diversos grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento y, por lo tanto, la paz social, la justicia constitucional se presenta como el instrumento idóneo para realizar esta idea". En el pensamiento de Kelsen, "Garantía de la Constitución" y democracia son conceptos de tal modo interconectados que el control de constitucionalidad asume la tarea de encarnar el último criterio con base en el cual se decide "la gran antítesis entre democracia y autocracia".

Del lado opuesto, encontramos la concepción de Schmitt, con base en la cual la función de defensa de la Constitución es atribuida a un jefe, el presidente, que es elegido directamente por el pueblo y, por ello, es considerado como el verdadero representante y garante de la unidad nacional: un órgano monocrático y unipersonal capaz de expresar la "voluntad general" de ese pueblo y de "guiarlo" políticamente. En el pensamiento de Schmitt, la función de garantía de la Constitución, considerada en el marco de la concepción plebiscitaria de la democracia (misma que encuentra su fundamento último en la mística ficción de la aclamación de un jefe por parte de su pueblo), se funde y se confunde, en última instancia, con la capacidad de asumir concreta y efectivamente una decisión "política". La figura del "defensor de la Constitución" tiende a coincidir, así, con la del "dictador" que, distinguiendo entre el amigo y el enemigo, "salva" mediante su acción y su fuerza al pueblo frente a sus contrarios.

La construcción teórica schmittiana implica esta vertiente inevitable que la conduce a resolverse y confundirse, en última instancia, en la idea del poder autocrático de un dictador, jefe y guía política del pueblo. A pesar de que esta figura, por definición, rebase lo que comúnmente consideramos como la esfera normativa, para Schmitt debe seguir siendo considerada como un aspecto del "derecho". En realidad, llegando a su punto culminante, el pensamiento schmittiano nulifica la posibilidad de distinguir entre el mero hecho concreto, la imposición de la fuerza y la racionalidad y previsibilidad con que necesariamente debe contar el derecho. Cualquier imposición de facto puede

convertirse en derecho, anulando así uno de los principios fundamentales de la convivencia social: la necesidad de reglas jurídicas ciertas, claras y predefinidas que normen la vida colectiva. En la concepción schmittiana, la certeza jurídica, e incluso la misma regulación social, son expuestas al riesgo de sucumbir frente al poder arbitrario, ilimitado e incontrolable, en suma, autocrático, de un sujeto que sepa y que tenga la capacidad de imponerse a los demás, y eso, la mera fuerza, desde nuestro punto de vista, es todo menos derecho.

A manera de síntesis se puede señalar que de los fundamentos que Kelsen utiliza para sustentar la exigencia de un tribunal Constitucional nos permite sostener que: defendió siempre la postura que la defensa de la Constitución estará verdaderamente asegurada solo en el caso que un órgano jurisdiccional especializado, diferente del parlamento, independiente de él y de cualquier otra entidad estatal (El Tribunal Constitucional), sea el encargado del control de constitucionalidad de la Ley. También, descartó la posibilidad de otorgarle el poder de anular una Ley parlamentaria a una entidad estatal distinta del Tribunal Constitucional, menos aún a la administración, la cual depende jerárquicamente del jefe de Estado o del Jefe de Gobierno, en consecuencia, no es razonable concluir que éste pudiera considerar la posibilidad de un control difuso administrativo

### **3.2.2. EL ARGUMENTO OPERATIVO: EL CONTROL DIFUSO ES MÁS ESTRICTO QUE EL PROPUESTO CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO.**

El control difuso de constitucionalidad de las leyes ejercido por los jueces es mucho más estricto que el propuesto por el Tribunal Constitucional para la administración, pues la aplicación del control difuso por parte del juez se encuentra sujeta a parámetros como lo establecido en el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS; el cual prescribe que: “(...) cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera (...). Las sentencias así expedidas son elevadas en

consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (...). Es decir, todo juez está facultado para preferir la norma constitucional en vez de una norma de menor jerarquía, previo informe de aceptación de la Corte Suprema. Me explico, el Poder Judicial, concentra en su máxima instancia la directriz sobre la cual, debe de interpretarse la Constitución. Ello, a fin de salvaguardar el principio de seguridad jurídica y la uniformidad de la jurisprudencia, pues de imaginar que cada juez a su libre albedrío interprete la constitución de la forma que cree correcta, tendríamos varias interpretaciones de una norma, generando una anarquía constitucional, en la cual todos creerían tener la razón.

De ahí que, es importante señalar que si bien la Corte Suprema “concentra” una interpretación armoniosa de la constitución, ello ha sido poco utilizado por los magistrados del Poder Judicial, debido a los efectos que pudiera producir, pues los jueces no gozan de “Iniciativa Legislativa Negativa”, por lo que, si una norma dubatida es inaplicada por el juez de la causa, puede sin mayor dificultad ser aplicada por otro magistrado a un nuevo caso.

En efecto, si continuamos analizando las consecuencias que se derivan del precedente vinculante establecido por el tribunal Constitucional, nos damos con la sorpresa que no existe ningún tipo de control o mecanismo destinado a uniformizar la jurisprudencia administrativa referida a la inaplicación de una ley por inconstitucional. Es decir, mientras que en el caso del Poder judicial, se cuenta con las garantías formales existentes que regulan la función jurisdiccional, contando además, con una habilitación normativa expresa, como su Ley Orgánica que ha establecido un mecanismo de control y uniformidad como el de consulta; el tribunal Constitucional al momento de extender esta atribución a algunos órganos administrativos termina entregándoles a éstos, mayores atribuciones que los que posee el Poder Judicial, ya que los órganos administrativos a quienes se ha reconocido esta atribución podrán ejercerlas sin el control superior alguno, lo que genera la posibilidad de diversas interpretaciones de una misma ley con la situación de caos y desconfianza que ello significa.

Imaginemos que un funcionario inaplique una ley que debería aplicar al caso concreto porque lo considere inconstitucional, ya este sistema no sirve, pues vulnera el principio de seguridad jurídica, igual podría suceder si nos encontramos en el siguiente supuesto: “El ciudadano que depende de una actuación, de una autorización, de un acto administrativo ,etc., de las autoridades debería, conforme a ello, contar con que el FUNCIONARIO A (fulano) no aplique una determinada ley porque la considere inconstitucional, mientras que quizás el FUNCIONARIO B (menganito) considere constitucional la ley y proceda en correspondencia a ello. La verdad no resulta explicable como nuestro máximo interprete de nuestra Constitución pudiera permitir otorgar amplias facultades a la administración sin ningún tipo de control, a sabiendas que los Tribunales Constitucionales especializados tienen grandes dificultades para fijar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley de manera inobjetable. Las particulares autoridades administrativas podrán con ello verse sobrecargadas. La seguridad jurídica y el tratamiento igual padecerían si todo funcionario administrativo pudiese decidir en un procedimiento informal sobre la aplicación o inaplicación de una ley o de otras normas. Puesto que la correspondiente ley no se hace ineficaz a través de la inaplicación ni tampoco es derogada, para el ciudadano sería totalmente imprevisible en cualquier momento en que medida pueda todavía confiar en el Derecho Positivo.

Precisamente porque la organización de la Administración Pública no admite la existencia de un único órgano superior que impongan una determinada interpretación vinculante sobre la interpretación de una norma constitucional, el reconocer a la Administración Pública la posibilidad de inaplicar una norma legal trae como consecuencia inmediata la aparición de una multiplicidad de órganos con capacidad para disponer dicha inaplicación y que, adicionalmente, tendrían autonomía plena para adoptar una decisión de esa naturaleza sin encontrarse bajo la tutela o la subordinación de algún órgano superior, multiplicándose los centros de decisiones con capacidad de inaplicación de leyes sin que éstos tengan, en sede administrativa una limitación o restricción similar a la figura de la consulta en el caso del control difuso judicial.

Pensemos en la autonomía existente entre la Administración del Gobierno Nacional frente a tantas otras administraciones municipales o regionales para comprender, inmediatamente, que sería imposible sujetar a todas ellas a una interpretación uniforme de la Constitución. Incluso, dentro del mismo gobierno, el citado caso de los organismos reguladores constituye un ejemplo de entidades administrativas que no podrán encontrarse subordinadas a las directivas impuestas por una supuesta autoridad superior inexistente.

#### **IV. ¿QUÉ DEBE HACER LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA LEY INCONSTITUCIONAL?**

No es fácil determinar el título del presente epígrafe, mas aún si debemos tener en cuenta lo siguiente ¿Cuándo sabemos si estamos frente a una ley inconstitucional?, ¿Quién puede determinarlo con precisión y claridad?, ¿Nos ayuda, acaso, la referencia a la manifiesta inconstitucionalidad que invoca el Tribunal Constitucional?.

Frente al problema de una presunta inconstitucionalidad de leyes que deben ser aplicadas por la Administración Pública y ante la falta de una fundamentación sólida que nos permita apreciar que la Constitución ha establecido el control difuso administrativo, cabrían dos alternativas:

- LA PRIMERA: Esperar que el legislador habilite expresamente a la Administración Pública para que determine la forma en que debe actuar en tales circunstancias; dentro de tales posibilidades estaría la de permitir que la administración, cuando tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una ley se plantee formalmente ante el Tribunal Constitucional lo que en España se conoce como la Cuestión de Inconstitucionalidad.
- LA SEGUNDA: Alternativa sería reconocer que la Administración Pública no tiene atribuida dicha potestad y que, en consecuencia, no puede inaplicar una ley por considerarla inconstitucional. Ante

la falta de un reconocimiento constitucional, el mantener la situación actual desestimando los argumentos expuestos en el precedente vinculante sería nuestra opción

Ahora bien, incidiendo en la primera hipótesis señalada por Tirado Barreda, conviene advertir que cuando un Funcionario de oficio o a instancia considera que una norma con rango de ley y que de cuya validez dependa el fallo puede ser contrario a la Constitución, debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, a fin de concentrar dicho control en un órgano autónomo y centralizado, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica y de la jurisprudencia administrativa.

### **CAPITULO III: “CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”.**

#### **I. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

La cuestión de Constitucionalidad se encuentra regulado en el artículo 163º de la Constitución Española, en este procedimiento se comprueba a solicitud de un juez si la ley a aplicar en un procedimiento judicial se ajusta a la constitución o no.

Se inicia cuando un juez o tribunal de oficio o a instancia considera que una norma con rango de ley y que de cuya validez dependa el fallo puede ser contrario a la Constitución, debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Solo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento antes de dictar sentencia, indicando y justificando en qué medida la decisión depende de la constitucionalidad del precepto.

En efecto, esta institución del Derecho Constitucional Español podría servir de modelo para regular el proceso y la aplicación del control difuso en la administración pública. Claro esta, adaptándola a las características propias del derecho administrativo y la sentencia, recaída en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC.



En ese sentido, se advierte que la Cuestión de Inconstitucionalidad previa a la Aplicación del Control Difuso en la administración pública puede darse inicio cuando el Funcionario Público, el Tribunal Administrativo o las partes del proceso consideren que una norma con rango de Ley y que de cuya validez dependa el acto administrativo definitivo – que agote la vía administrativa – puede ser contrario a la Constitución, debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, a fin de que este sea el filtro al momento de dejar de aplicar una norma que considere inconstitucional, asimismo será el Tribunal Constitucional quien señale las pautas sobre las cuales debe basarse la administración pública para interponer o no una cuestión de inconstitucionalidad.

Considero que debería suceder algo parecido en el procedimiento administrativo, pues antes de dictarse la resolución definitiva, y cuando el tribunal administrativo considere que la norma con rango de Ley y de cuya validez dependa el fallo, deberán plantear la Cuestión ante el Tribunal Constitucional. A fin de que exista un filtro a la aplicación del control difuso y se logre sistematizar la interpretación de la Constitución.

### **1.1. EL OBJETO DE CONTROL EN LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

El análisis del objeto de control en la cuestión de inconstitucionalidad que se realiza en el presente estudio tiene como eje central la previsión del artículo 163º de la Constitución Española, de que la cuestión se planteará; cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución.

Al respecto, mi propuesta sería una reforma de la Constitución que permita plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad, no solo en el ámbito judicial, sino también en la administración pública, ya que esto nos permitiría emitir una jurisprudencia vinculante o un precedente vinculante de acuerdo a los parámetros fijados por el máximo intérprete de nuestra Constitución.

El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra así delimitado por un triple condicionamiento, la norma a cuestionar tiene que ser una norma con rango de ley, aplicable en el curso de un proceso, y de su validez ha de depender el fallo a adoptar.

Desde esta perspectiva se ha considerado que el estudio del objeto de control de la Cuestión de Inconstitucionalidad no puede limitarse a una relación de las normas que entrarían dentro de la categoría de normas con rango de ley sino que el mismo exige hacer referencia a la necesidad de que esas normas sean aplicables en un proceso y que de su validez dependa la decisión a dictar en el mismo. Sólo de esta forma se alcanza una comprensión completa del objeto de la Cuestión de Inconstitucionalidad, atendida la conexión directa entre la norma que el órgano judicial o la entidad administrativa considere que puede ser contraria a la Constitución y el proceso en que dicha cuestión pretende plantearse.

El carácter concreto de la Cuestión de Inconstitucionalidad se manifiesta así inseparable de la definición de su objeto, puesto que la cuestión sólo cobra sentido a partir de la aplicación efectiva de las normas con rango de ley en la decisión de un proceso. La aplicabilidad y relevancia de la norma en un proceso condicionan de tal forma la posibilidad de que los órganos judiciales o entes administrativos, puedan cuestionar una norma con rango de ley, que sólo mediante el análisis de esas dos condiciones puede llegarse a un pronunciamiento respecto a las normas con rango de ley que pueden ser objeto de una Cuestión de Inconstitucionalidad.

Asimismo, sólo desde un examen del objeto de la Cuestión de Inconstitucionalidad directamente conectado con la necesidad de que la norma sea aplicable en un proceso y relevante para su decisión, se comprende el importante papel que corresponde a jueces y tribunales en orden a la determinación de las normas que son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional a través de la Cuestión de Inconstitucionalidad, al ser dichos órganos a los que corresponde decidir que normas son aplicables y relevantes

en el proceso ante ellos planteado. Sin perjuicio, obviamente, de que el Tribunal Constitucional pueda controlar, la consistencia de los juicios de aplicabilidad y relevancia.

## **1.2. EL FUNDAMENTO DE LA CUESTIÓN DE INCOSTITUCIONALIDAD: LA DUDA DE CONSTITUCIONALIDAD**

El fundamento en la cuestión de inconstitucionalidad: La duda de constitucionalidad.

Una vez identificado el objeto de la Cuestión de Inconstitucionalidad hay que examinar el elemento en que encuentra su fundamento la decisión del órgano judicial de plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad, esto es, la existencia de una duda sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley aplicable y relevante en el proceso. Si la Cuestión de Inconstitucionalidad es un procedimiento de control de constitucionalidad puesto a disposición de los órganos judiciales y de los órganos administrativos con la finalidad de que en los supuestos en que un juez o un funcionario deba aplicar en un proceso una norma con rango de ley que considere que puede ser contraria a la Constitución acuda ante el Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre esa posible contradicción con la Constitución, la duda de constitucionalidad constituye la condición lógica que motiva el planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad.

La Cuestión de Inconstitucionalidad sólo cobra sentido, en consecuencia, cuando el juez o funcionario se encuentra ante una discordancia entre Constitución y norma con rango de ley aplicable en el proceso que no puede salvar por otros medios que acudiendo al Tribunal Constitucional. Esa discordancia que el juez o funcionario advierte tendrá como presupuesto una determinada interpretación tanto de la norma que se pretende cuestionar como del precepto constitucional que se considera vulnerado, y en este sentido la interpretación en tanto que presupuesto de la duda de constitucionalidad condiciona la decisión del juez o funcionario sobre el planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad. La interpretación de la norma y la duda de constitucionalidad son así elementos íntimamente conectados que motivan que

en el examen de la duda de constitucionalidad que aquí se pretende realizar se haga referencia a esa previa interpretación de la norma y a la forma en que puede condicionar la decisión del juez o funcionario sobre la posible inconstitucionalidad de la norma.

En relación con el alcance de la duda de constitucionalidad se trata de establecer si para que el juez o funcionario acuerde plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad es necesario que esté convencido de la contradicción entre Constitución y norma que se pretende cuestionar o si es suficiente la existencia de una duda sobre la posibilidad de esa contradicción. Así, se intenta llegar a alguna conclusión sobre el papel que se atribuye al juez o funcionario en la constatación de una posible vulneración del texto constitucional por una de las normas con rango de ley que deba aplicar en el curso de un proceso.

En el intento de delimitar la duda de constitucionalidad hay también que examinar si el juez o funcionario cuando decide plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad tiene que considerar que la norma puede ser contraria a la Constitución, o si, sin necesidad de asumir la duda de constitucionalidad como propia, es suficiente la instancia de alguna de las partes del proceso, la decisión de otro órgano judicial de plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad, sus anteriores decisiones de plantear la cuestión en relación con la misma norma, o el planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

### **1.3. LA INICIATIVA PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Volviendo al análisis de la Constitución española se advierte que la duda de constitucionalidad es una duda que el juez debe asumir como propia, lo que implica que la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, tal y como resulta del artículo 163º de la Constitución. No obstante, el hecho que la decisión definitiva sobre el planteamiento de la cuestión corresponda en exclusiva a los órganos judiciales no comporta que la iniciativa para plantearla deba tener siempre su

origen en una duda que le surja al juez que conoce del proceso, y en este sentido el artículo 35º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que "cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley". Por tanto, la decisión de plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad puede tener su origen bien en una duda de constitucionalidad que le surge al órgano judicial, bien en una petición de las partes del proceso mediante la que soliciten al Juez o Tribunal que plantee la Cuestión de Inconstitucionalidad en relación con una de las normas aplicables en el proceso.

Al respecto, mi propuesta se centra no solo en plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad en el ámbito jurisdiccional, sino también de extender sus alcances a los tribunales administrativos, a fin de salvaguardar el respeto a la legalidad y a la seguridad jurídica consagrada en la Constitución.

#### **1.4. EL TRÁMITE DE ADMISIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Una vez recibidas por el Tribunal Constitucional las actuaciones el Tribunal Constitucional podrá rechazar; en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal, la Cuestión de Inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada.

De esta forma, en España la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé un trámite específico en que el Tribunal Constitucional puede examinar si se cumplen las condiciones procesales y si la Cuestión de Inconstitucionalidad no resulta notoriamente infundada, procediendo, una vez realizado el mismo, bien a la admisión bien a la inadmisión de la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada.

El examen de ese trámite de admisión se realiza siguiendo el orden que a continuación se expone. En el primer apartado se examina la finalidad a la

que responde el establecimiento de un específico trámite de admisión de la Cuestión de Inconstitucionalidad, en el que se pueda controlar el efectivo cumplimiento de las condiciones procesales y el fundamento de la cuestión planteada.

El segundo apartado hace referencia a las causas que pueden motivar la inadmisión de la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada. En este caso se ha optado por dividir el examen en dos subapartados, en uno se hace referencia a los presupuestos procesales cuya ausencia impide al Tribunal Constitucional examinar el fondo de la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada, diferenciando entre aquellos que pueden ser subsanados por el órgano judicial que planteó la cuestión y aquellos que resultan insubsanables; y en otro a las causas de inadmisión de carácter sustantivo relativas al fondo de la cuestión planteada que suponen una anticipación del juicio sobre la duda de constitucionalidad.

El tercer apartado tiene por objeto el análisis de la sustanciación y decisión del trámite de admisión. Se analiza, así, cómo debe el Tribunal Constitucional, una vez que se ha planteado una Cuestión de Inconstitucionalidad, proceder al examen de si dicha cuestión cumple los requisitos necesarios para ser admitida a trámite; cuál es la resolución que el Tribunal Constitucional puede adoptar una vez finalizado el trámite de admisión; y cuáles son los efectos de esa resolución.

Por último, en el cuarto apartado se hace referencia al hecho de que al no tener carácter preclusivo el trámite de admisión de la Cuestión de Inconstitucionalidad previsto en el numeral 1) del artículo 37º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, atendido que la admisión no subsana los posibles defectos en que pueda incurrir la cuestión planteada, es posible que la inadmisión de la cuestión se acuerde en la sentencia que pone fin al proceso.

Una vez, publicada en “El Diario Oficial del Estado” la admisión a trámite de la Cuestión de Inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán apersonarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los quince

días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros quince días.

El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus presidentes, al Fiscal, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativos y ejecutivos de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogables de quince días. Concluida ésta el Tribunal dictara sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio que no podrá exceder de treinta días.

## **10. CONCLUSIÓN**

Considero que el planteamiento del Tribunal Constitucional de reconocer la faculta de control difuso a los Tribunales Administrativos y órganos colegiados se inscribe en el deber de todos los órganos del Estado de velar por la supremacía de la Constitución, de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y de consolidar la democracia. Del mismo, modo actualiza y compatibiliza el sistema legal a la Constitución y compromete a los funcionarios públicos en tales tareas.

Sin embargo, creo que hay que esperar con prudencia y confiar en el buen juicio de los integrantes de los Tribunales Administrativos y órganos colegiados para el uso de la facultad reconocida por el TC y tener presente que ante la inacción estatal es bueno ensayar alternativas novedosas como la Cuestión de Inconstitucionalidad.

Respecto a la Cuestión de Inconstitucionalidad previa a la Aplicación del Control Difuso en la administración pública se advierte que: Cuando el Funcionario Público, el Tribunal Administrativo o las partes del proceso consideren que una norma con rango de Ley y que de cuya validez dependa el acto administrativo definitivo – que agote la vía administrativa – puede ser

contrario a la Constitución, debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, a fin de que este sea el filtro al momento de dejar de aplicar una norma que considere inconstitucional, asimismo será el Tribunal Constitucional quien señale las pautas sobre las cuales debe basarse la administración pública para interponer o no una cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, cuando el tribunal administrativo considere que la norma con rango de Ley y de cuya validez dependa el fallo, deberán plantear la Cuestión ante el Tribunal Constitucional, fin de que exista un filtro a la aplicación del control difuso y se logre sistematizar la interpretación de la Constitución.



## **11. ANEXOS:**

### **❖ Precedente vinculante**

**EXP. N.º 3741-2004-AA/TC**  
**LIMA**  
**RAMÓN HERNANDO**  
**SALAZAR YARLENQUE**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

### **ASUNTO**

Recurso extraordinario interpuesto por don Ramón Hernandp Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 66, su fecha 30 de enero de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 14 de febrero de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

La emplazada contesta la demanda contradiciendo de modo sustancial sus argumentos. Sostiene que la Constitución, en su artículo 192.º, inciso 3, reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 6 de junio de 2003, declara infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de

impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Argumenta también que dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente, tal como este alega.

La recurrida confirma la apelada con argumentos similares.

## FUNDAMENTOS

1. Mediante el presente proceso de amparo constitucional, el demandante solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido y que el recurrente considera violatorio de sus derechos constitucionales de defensa y de petición, consagrados en los artículos 139.º, inciso 3 y 2.º inciso 20, de la Constitución, respectivamente.
2. Antes de evaluar el fondo de la controversia, es necesario precisar que el pago que la Municipalidad emplazada ha establecido como condición para atender el escrito de impugnación del recurrente, comprende en realidad dos conceptos claramente separados conforme al propio TUPA de la referida municipalidad. Así, en el rubro 1 de la Ordenanza N.º 084/MDS, referido al cobro por concepto de *Recursos impugnativos*, se fija para el caso, tanto del recurso de reconsideración como del recurso de apelación, la suma de diez nuevos soles, mientras que en el rubro N.º 7, referido a la *Recepción de documentos en general*, se fija como monto la suma de cinco nuevos soles.
3. Este Tribunal considera que lo que en realidad se está cuestionando por contravenir los derechos de petición y de defensa, es el concepto referido al cobro por “derecho de impugnación”, consignado en el rubro 1 del TUPA de la municipalidad emplazada. En consecuencia, este extremo será materia de análisis por parte de este Colegiado.

§1. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la administración

4. En primer lugar, resulta pertinente atender que tanto el juez de instancia como el colegiado que atendió el recurso de apelación no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente, puesto que ambos se han limitado a verificar si la imposición del pago previsto para impugnar una decisión de la municipalidad emplazada, se ha ajustado a las normas infraconstitucionales como el Código Tributario o la propia Ordenanza Municipal N.º 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada, donde, en efecto, se encuentra previsto el cobro de un derecho por concepto de presentación de recursos impugnatorios. En este sentido, el *a quo*, luego de verificar que el monto establecido por concepto de apelación se encuentra regulado en el respectivo TUPA de la municipalidad, que se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el Código Tributario, concluye que “(...) no se estaría vulnerando (el) derecho a la defensa (del recurrente)”(fundamento jurídico sexto de la sentencia).

5. Un razonamiento en este sentido obliga a este Tribunal a hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200.º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º).
6. Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).
7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.
8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.º de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51.º,

el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».

9. Por tanto, el artículo 138.º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102º del Código Tributario, cuando precisa que «[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)»; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.
10. En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –*eficacia vertical*– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual –*dimensión subjetiva*–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –*dimensión objetiva*–.
11. Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en un etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –*dimensión subjetiva*–.
12. Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.º).
13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría

General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa

(...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art. 7° CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento<sup>67[1]</sup>.

14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
15. En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) **garantizando los derechos** e intereses de los administrados y **con sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general» (énfasis agregado).
16. De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.°, 51.° y 201.° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.
17. Sentadas estas premisas, la controversia en el presente caso se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la municipalidad emplazada,

como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante, violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.º de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)<sup>68[2]</sup>.
19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.
20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la “(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor”, el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.
21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

22. **En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.**

### **§3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo**

23. Íntimamente vinculado a lo anterior está el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139.º, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental<sup>69[3]</sup>. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.
24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce “(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)” (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.
26. En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N.º 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

**§4. La imposición del pago de un *derecho por recurrir un acto de la administración* incentiva la arbitrariedad de los actos de poder**

27. Al momento de presentar su “expresión de agravios” frente a la decisión del *a quo*, el recurrente ha arquido que “(...) de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la administración”.
28. Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

EXP. N.º 007-2002-AI/TC  
LIMA  
MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 27 días del mes de agosto de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey



Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

## **ASUNTO**

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad de Lima Metropolitana contra la Ley N.º 27580, que dispone medidas de protección que debe aplicar el Instituto Nacional de Cultura para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles.

## **ANTECEDENTES**

La Municipalidad de Lima Metropolitana interpone acción de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27580, por considerar que ésta viola la Constitución, ya que de conformidad con el artículo 194º de la Norma Suprema, reformado mediante Ley N.º 27580, las municipalidades provinciales y distritales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Alega que el artículo 195º, inciso 6) de la misma Constitución confiere a las municipalidades la competencia para planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial; mientras que, a través del inciso 8) del mismo artículo, se le ha atribuido competencia para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente (...) turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, etc. Sostiene que dichas competencias fueron reglamentadas por el artículo 11º y el artículo 65º, inciso 11), de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), entonces en vigencia, el último de las cuales señalaba que son funciones de las municipalidades reglamentar, otorgar licencias y controlar las construcciones, remodelaciones y demoliciones de los inmuebles de las áreas urbanas, de conformidad con las normas del Reglamento Nacional de Construcciones y el Reglamento Provincial respectivo. Refiere, asimismo, que los incisos 11) y 12) del artículo 67º de la LOM establecen que son funciones de las municipalidades promover y asegurar la conservación del patrimonio cultural local, en este caso de monumentos; y la defensa y conservación de los mismos, así como restaurar el patrimonio histórico local y velar por su conservación. Y, finalmente, que mediante el artículo 136º de la Ley N.º 23853 se ha previsto que la Municipalidad Metropolitana otorgue licencias para obras de habilitación urbana, construcción, renovación remodelamiento y demolición en la provincia de Lima.

De otro lado, considera que la Ley N.º 27580 vulnera la Constitución porque otorga ilegales atribuciones al INC y transgrede la autonomía de los gobiernos locales; y que, siendo una ley común, no puede modificar lo establecido en la Ley Orgánica, para lo cual se requiere el quórum establecido en el artículo 106º de la Constitución; además, viola la Ordenanza Municipal N.º 201 MML, así como la Ley N.º 27157 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC. Finalmente, asevera que la ley impugnada es inconstitucional porque afecta el principio de irretroactividad de las leyes, pues el INC pretende aplicarla a hechos acaecidos con anterioridad.

El Congreso de la República contesta la demanda y solicita que se la declare infundada, aduciendo que: a) la ley impugnada se dictó como parte de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de protección del patrimonio

cultural, como es el caso de la Convención sobre la Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas, aprobado mediante Decreto Ley N.º 22682, así como la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobado mediante Resolución Legislativa N.º 23349; b) su dictado obedeció al mandato establecido en el artículo 21º de la Constitución, que señala que los bienes culturales son Patrimonio de la Nación y están protegidos por el Estado. Refiere que el artículo 1º de la Ley N.º 24047 establece que el Patrimonio Cultural de la Nación está bajo el amparo del Estado y de la comunidad nacional, y su artículo 12º obligaba a recabar una autorización del Instituto Nacional de Cultura, cuando se trata de realizar obras en inmuebles comprometidos con el patrimonio cultural. Agrega que dicho artículo 12º fue derogado tácitamente por la Ley N.º 27157, suprimiéndose dicha autorización y, con ello, se ocasionaron desórdenes y abusos que repercutieron sobre el patrimonio nacional. Afirma que se eliminó la autorización previa del INC, pues se reducía la intervención de este ente especializado del Estado a una delegatura *ad hoc* en la Comisión Municipal Técnica Calificadora de Proyectos (sic). En consecuencia, alega, la Ley N.º 27580 restablece la competencia que la Ley N.º 24047 le asignó al INC como órgano estatal especializado en la protección del patrimonio cultural; c) la Ley N.º 27580 no modifica ley orgánica alguna, como se alega; y si lo hiciera, ella se aprobó en el Congreso de la República con 92 votos a favor, 0 en contra y una abstención; d) el artículo 11º de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) preceptúa dos competencias diferenciadas: en el inciso 1), se faculta a los gobiernos locales a regular o pronunciarse sobre zonificación y urbanismo; mientras que en el inciso 4) a regular la “conservación de monumentos arqueológicos e históricos en coordinación con el organismo regional; y con las políticas nacionales impartidas a través del gobierno”; e) no se afecta el inciso 6) del artículo 195º de la Constitución, pues con dicha norma se ha elevado a rango constitucional lo que establecía la LOM, estableciéndose allí una reserva de ley, que refleja el carácter unitario del Estado peruano; f) la Ley N.º 27580 no restringe las competencias de los gobiernos locales, pues no les está retirando competencias para dárselas al INC; simplemente se limita a establecer una competencia compartida, por lo que considera que la norma constitucional en referencia no debe entenderse como la atribución de una competencia con carácter exclusivo a los gobiernos locales, sino dentro del marco que fije la ley; g) el régimen legal introducido por la ley impugnada se traduce en que la regla es que el otorgamiento de licencias para construcciones, en general, corresponde a las municipalidades, salvo cuando la emisión de tales licencias involucra bienes culturales inmuebles, en cuyo caso interviene el INC; h) la razón de que la Ley N.º 27580 se aplique a los expedientes que se encuentren en trámite es porque ésta entra en vigencia al día siguiente de su publicación, y a partir de allí despliega todos sus efectos jurídicos, salvo que se hayan consolidado derechos adquiridos.

Realizada la audiencia pública, los autos han quedado expeditos para sentenciarse.

## FUNDAMENTOS

1. Se solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27580, norma que dispone medidas de protección que debe aplicar el Instituto Nacional de Cultura para la ejecución de obras en bienes culturales inmuebles.

## **§1. La colisión de dos normas legales no genera un problema de inconstitucionalidad**

2. 2. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, la demandante considera que la Ley N.º 27580 es inconstitucional porque transgrede la Ley Orgánica de Municipalidades y porque vulnera la Ordenanza Municipal N.º 201 MML, así como la Ley N.º 27157 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC.

Antes de ingresar a resolver el fondo de la controversia, el Tribunal estima necesario analizar estos temas.

3. 3. Sobre el particular, es conveniente precisar que a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control.

La inconstitucionalidad de una ley, *prima facie*, se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control, y la Constitución, y no porque una de ellas colisione, viole o transgreda a otra de su misma jerarquía. Y es que no se presenta un problema de validez constitucional cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia, resoluble conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. “ley especial deroga ley general”, “ley posterior deroga ley anterior”, etc.).

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que en una acción de inconstitucionalidad es absolutamente intrascendente que una ley determinada colisione contra otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no se deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante. Menos, por supuesto, que la colisión se presente, concurrente o alternativamente, con una norma de rango infralegal, como puede ser el caso de un decreto supremo, en cuyo caso la fuerza pasiva de la norma con rango legal simplemente expulsa del ordenamiento a la de menor jerarquía. Por ello, si uno de los argumentos para que se declare inconstitucional la ley impugnada era por su colisión con la Ley N.º 27157 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 008-2000-MTC, tal debe ser desestimado de plano.

4. 4. Un problema relativamente distinto es el que surge de lo alegado respecto a la eventual colisión de la ley impugnada con la Ordenanza Municipal N.º 201 MML. Ello porque, aunque no se exprese diáfano, de lo expuesto en el cuarto párrafo del numeral 4 y 6 de los fundamentos de la demanda, pareciera quererse sugerir que el artículo 22º de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, autorizaría la declaración de la inconstitucionalidad de una ley en tanto colisione con las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado.

Tal criterio puede entenderse en un doble sentido: a) que es inconstitucional la ley impugnada porque vulnera una ordenanza municipal, como la N.º 201 MML; y b)

que es inconstitucional la misma ley impugnada, porque transgrede la Ley Orgánica de Municipalidades.

5. 5. En el Fundamento N.º 3 de esta sentencia se precisa que, *prima facie*, el parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad está integrado únicamente por la Constitución, que es la Ley Suprema del Estado. Y, también, que las consecuencias producidas por de la colisión entre dos normas del mismo rango no acarrear un problema de invalidez constitucional, sino una antinomia entre dos fuentes del mismo rango, resoluble conforme a determinados criterios.

No obstante, cabe ahora señalar que, en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

Tal capacidad (de fuentes formalmente no constitucionales para integrar el parámetro), es lo que en el derecho constitucional comparado se ha abordado bajo la denominación de “bloque de constitucionalidad” (así, en España) o de “normas interpuestas” (caso de Italia).

6. 6. Por tanto, cabe ahora repreguntarse: ¿Tal función pueden realizarla la Ley Orgánica de Municipalidades y la ordenanza municipal?

Respecto a la ley parlamentaria, como es el caso de la fuente impugnada mediante esta acción de inconstitucionalidad, obviamente la respuesta es negativa. En primer lugar, la ordenanza municipal no tiene la capacidad de hacer las veces de una norma sobre la forma de la producción jurídica ni tampoco sobre el contenido de la normación de cualquier otra fuente de su mismo rango. Simplemente, la Constitución no ha previsto que ella tenga la capacidad de limitar y condicionar el proceso de producción ni de la ley parlamentaria ni, en general, de ninguna otra fuente legal y, por tanto, no se encuentra en aptitud de conformar el parámetro de control en la acción de inconstitucionalidad.

## **§2. El papel de las leyes orgánicas en la acción de inconstitucionalidad**

7. 7. Otro tanto sucede con la Ley Orgánica de Municipalidades en relación con las fuentes de origen parlamentario. Como antes se ha señalado, se alega la inconstitucionalidad de la ley impugnada invocando el artículo 22º de la LOTC, que dispone que “Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 20º, el Tribunal considera, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado”.

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. En efecto, no se genera, *per se*, un problema de inconstitucionalidad cada vez que una ley ordinaria colisione con una ley orgánica. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria haya infringido directamente el artículo 106° de la Constitución, en un doble sentido: a) porque no tenía competencia para regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica; o, b) porque pese a regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica, no se aprobó con la mayoría exigida por el artículo 106° de la Constitución.

De ahí que, *prima facie*, no se pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley impugnada porque supuestamente colisiona la Ley Orgánica de Municipalidades entonces vigente.

Asimismo, el Tribunal tampoco considera que la Ley N.° 27580 transgreda el artículo 106° de la Constitución por no haber sido aprobada con la mayoría exigida por tal dispositivo, pues, tal como se aprecia de la copia de los resultados de la votación efectuada en el Congreso de la República, en su sesión del 15 de noviembre de 2001 [en la que se aprobó el Proyecto de Ley N.° 936/2001, que después se convertiría en la Ley N.° 27580], ésta fue aprobada por 92 votos conformes.

### **§3. Autonomía municipal y protección del patrimonio cultural**

8. 8. La demandante sostiene que la Ley N.° 27580 vulnera la autonomía municipal porque otorga al Instituto Nacional de Cultura una atribución que corresponde a las municipalidades; porque desconoce las facultades que posee para la calificación de proyectos relacionados con bienes culturales; y porque dificulta el funcionamiento de la Comisión Técnica Especial de Licencias de Construcción, que estaba compuesta por un funcionario del INC. En ese sentido, la demandante estima que la Ley N.° 27580 viola los artículos 191° y 195°, incisos 6) y 8), de la Constitución, ambos modificados por la Ley N.° 27680.
9. 9. El artículo 191° de la Constitución garantiza el instituto constitucional de la autonomía municipal, en sus ámbitos político, económico y administrativo, en los asuntos de su competencia. Como lo ha sostenido este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0007-2001-AA/TC, mediante la autonomía municipal se garantiza a los gobiernos locales “desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos) [Fund. Jur. N.°6]. Es decir, se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias para garantizar su autogobierno. Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía, pues desde el mismo momento en que aquélla le viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con respeto a ese ordenamiento jurídico. “No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia, no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y

político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél” [Fund. Jur. N.º6, Exp. N.º 007-2001-AI/TC].

Tal capacidad para regirse mediante normas y actos de gobiernos se extiende a todas aquellas competencias que constitucionalmente le hayan sido atribuidas. Sin embargo, ello no quiere decir que el desarrollo y ejercicio de cada una de éstas pueda realizarse, siempre y en todos los casos, con idéntica intensidad de autonomía. Es constitucionalmente lícito modularlas en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. La Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de los intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto al ejercicio de aquellas atribuciones competenciales que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene que necesariamente graduarse en intensidad, debido a que en ocasiones de esas competencias también coparticipan otros órganos estatales.

10. Entre las competencias constitucionalmente establecidas a los gobiernos locales se encuentran, por un lado, las de planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, lo que incluye el urbanismo (artículo 195º, inciso 6); y, por otro, las de desarrollar y regular actividades y/o servicios, entre otros, en materia de conservación de monumentos arqueológicos e históricos (inciso 8 del artículo 195º).

La demandante manifiesta que, dado que a ella se ha confiado la conservación de los monumentos arqueológicos e históricos, la Ley N.º 27580 sería inconstitucional, pues ésta establece que, tratándose de actividades que se relacionen con todo bien cultural inmueble, es preciso contar con la autorización del Instituto Nacional de Cultura.

El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, el “derecho constitucional de los bienes culturales”, entendido como el conjunto de normas constitucionales que regulan la autorepresentación cultural del pueblo, y que comprende ciertamente a los bienes culturales inmuebles, no se agota con lo que señala el artículo 195º de la Constitución, pues éste debe concordarse con el artículo 21º de la misma Norma Fundamental. Dicho precepto establece que “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales...son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio...”.

Esta disposición constitucional no sólo debe interpretarse como un deber fundamental o una tarea del Estado, que impone obligaciones de fomento, conservación y protección; sino, además, como la afirmación de que dicho patrimonio cultural constituye un elemento del consenso nacional, del reconocimiento de nuestras tradiciones y de nuestra herencia cultural, o, en definitiva, de nuestra autorepresentación cultural como pueblo. En ese sentido, se trata de un interés cuyo alcance excede a los propios de los gobiernos locales, por lo que éstos no pueden reclamar para sí tareas exclusivas o excluyentes.

11. 11. La demandante refiere también que el inciso 6) del artículo 195° de la Constitución le confiere la competencia de “Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”. Y, por tanto, dado que la ley impugnada ha establecido que, tratándose de actividades que se relacionen con todo bien cultural inmueble, es preciso contar con la autorización del Instituto Nacional de Cultura, ello desde ya viola la autonomía municipal, pues “desconoce las facultades que posee para la calificación de proyectos relacionados con bienes culturales, y dificulta el funcionamiento de la Comisión Técnica Especial de Licencias de Construcción, vulnerando la Ordenanza N.º 201 MML...”.

El Tribunal Constitucional tampoco comparte tal criterio. Como antes se expresó, la autonomía no garantiza un desenvolvimiento autárquico de las competencias constitucionalmente previstas a favor de los gobiernos locales. Éstas deben efectuarse dentro los límites que la Constitución establece. De manera que si los bienes culturales inmuebles forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación, y su protección corresponde al Estado, entonces el ejercicio de la competencia de planificar el desarrollo urbano y, en concreto, la que tiene que ver con el urbanismo, tratándose de bienes culturales inmuebles, debe realizarse con arreglo con las condiciones y límites que sobre el particular haya establecido el legislador nacional.

Todo ello significa, en principio, que es el Estado quien protege dichos bienes culturales, competencia asignada porque, según la misma Constitución, tales bienes constituyen patrimonio cultural de la Nación. Este Colegiado no comparte la tesis interpretativa de la demandante, según la cual sólo la Municipalidad tendría competencia para realizar actividades y/o servicios en materia de “conservación de monumentos arqueológicos e históricos”. En efecto, para todo bien considerado como Patrimonio Cultural de la Nación, su protección es un asunto que trasciende la circunscripción territorial dentro de la cual las municipalidades ejercen sus competencias. Y, en ese sentido, el Tribunal no considera que la expedición de una ley, general y abstracta, orientada a asignar competencias a un órgano estatal, como el Instituto Nacional de Cultura [para que ella expida autorización en casos de obra pública o privada, nueva, remodelación, ampliación, modificación, reparación, refacción, acondicionamiento, puesta en valor, cercado, demolición o cualquier otra que se relacione con todo bien cultural inmueble] sea inconstitucional.

Lo anterior no quiere decir que el legislador nacional, bajo el pretexto de proteger el patrimonio cultural, pueda afectar la capacidad de los gobiernos locales en materia de planificación del desarrollo urbano y, en concreto, en lo concerniente al urbanismo. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha precisado que el legislador no puede vaciar de contenido a una disposición constitucional, de manera tal que, sin que siga el proceso de reforma constitucional, suprima en los hechos una competencia constitucionalmente establecida a los gobiernos locales, o que, sin llegar a ese extremo, haga inoperativo su desarrollo.

Todo ello quiere decir que, entre el gobierno central, a través del Instituto Nacional de Cultura, y los gobiernos locales, existe una competencia compartida en la preservación y protección del patrimonio cultural inmueble, como, por lo demás, se ha establecido en el actual inciso 12) del artículo 82° de la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, a tenor del cual:

“Las municipalidades, en materia de educación, cultura, deportes y recreación, tienen como competencias y funciones específicas compartidas con el gobierno nacional y el regional las siguientes:

(...)

12. Promover la protección y difusión del patrimonio cultural de la nación, dentro de su jurisdicción, y la defensa y conservación de los monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, colaborando con los organismos regionales y nacionales competentes para su identificación, registro, control, conservación y restauración”.

Por tales razones el Tribunal Constitucional no considera que los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N.° 27580 sean inconstitucionales porque supriman, vaceen de contenido o restrinjan irrazonablemente la competencia de los gobiernos locales para el ejercicio de la atribución regulada por el inciso 6) del artículo 195° de la Constitución.

12. Finalmente, resta analizar si la Ley N.° 27580 es inconstitucional por afectar el principio de irretroactividad de las leyes. La demandante alega que el Instituto Nacional de Cultura pretende aplicar la Ley N.° 27580 a proyectos iniciados con anterioridad a su vigencia. En realidad, más que una impugnación de la inconstitucionalidad de la Ley N.° 27580, por afectación del artículo 103° de la Constitución, lo que se denuncia es la aplicación inconstitucional de la ley.

Evidentemente, en una acción de inconstitucionalidad este Tribunal no analiza si una determinada norma con rango de ley, en un caso concreto, es aplicada de manera contraria a la Constitución. Simplemente, en esta clase de procesos, el Tribunal juzga en abstracto si una ley o norma con rango de ley es inconstitucional, por la forma o por el fondo.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

#### **FALLA**

Declarando **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N.° 27580. Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

SS.

**ALVA ORLANDINI**  
**BARDELLI LARTIRIGOYEN**  
**REY TERRY**  
**AGUIRRE ROCA**  
**REVOREDO MARSANO**  
**GONZALES OJEDA**  
**GARCÍA TOMA**



## 12. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Asociación Peruana de Derecho Administrativo. “El Derecho Administrativo y la Modernización del Estado Peruano”. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008). Editorial Grijley, 2008.
- ❖ Atanasio Fuentes, Manuel. “Compendio de Derecho Administrativo”. Paris: Librería de Rosa y Bouret, 1856.
- ❖ Bodenheimer, Edgar. “Teoría del Derecho”, 1981. Fondo de Cultura Económica México.
- ❖ Bobbio, Norberto. “Estado Gobierno y Sociedad por una Teoría General de la Política”, México, 2004. Fondo de Cultura Económica.
- ❖ Bobbio, Norberto. “El Positivismo Jurídico”. Madrid: Debate, 1993.
- ❖ Del Pozo Claudia. “Control Difuso Y Procedimiento Administrativo”. Lima 2005, Editorial Palestra Editores.
- ❖ Francisco Morales Saravia. “Tribunales administrativos y control constitucional: Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional del Perú”. Gaceta del Tribunal Constitucional Nº 3, julio-setiembre 2006.
- ❖ García de Enterría, Eduardo. “La Constitución como norma y Tribunal Constitucional”. Madrid: Civitas, 1985. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1981, Tomo II.
- ❖ García Pelayo, Manuel. “Derecho Constitucional Comparado”. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- ❖ Giuseppe de Vergottini. “Derecho Constitucional Comparado”. Segunda Edición, Editorial Espasa-Calpe S.A. Madrid 1985. Traducción e Introducción por Pablo Lucas Verdú.

- ❖ Jellenik, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1954.
- ❖ Johan S. Camargo Acosta. “Juntos pero no Revueltos: Breves Apuntes en torno a los Sistemas de Control de Constitucionalidad de la Leyes: el adoptado en el Perú y algunos países de Latinoamérica”.
- ❖ Kelsen, Hans. “Teoría Pura del Derecho”: 2da. Edición. México: UNAM 1979.
- ❖ Kelsen, Hans. “Teoría General del Derecho y del Estado”. Traducción de Eduardo García Maníes. 5ta. Edición. México: UNAM 1995.
- ❖ Kelsen, Hans. “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”. México, UNAM, 1974 (La Garantie Jurisdictionelle de la Constitution. La justice constitutionnelle).
- ❖ Kelsen, Hans. “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”. Madrid, Tecnos, 1985 (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?).
- ❖ Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid. C.E.C. 1983.
- ❖ Rolla Giancarlo. “Juicio de Legitimidad Constitucional en vía incidental y Tutela de los Derechos Fundamentales”. Id Est Ius. Año II Nº 2. Ed. Adrus. Arequipa. 2009.
- ❖ Schmitt, C., La defensa de la Constitución, Barcelona, Labor, 1931 (Der Hüter der Verfassung).
- ❖ Schmitt, Carl. “Sobre los tres modos de pensar la ciencia Jurídica”. Madris. Editorial Teconos 1996. Pág. 77.
- ❖ Savigny, De la Vocación de Nuestro Siglo Para la Legislación y la Jurisprudencia”. Trad. Ingl. Hayward (1831), (Trad. Español. La España Moderna. Madrid S.A. Prologo de A. Posada).

## REVISTAS:

- ❖ <http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=1>
- ❖ “Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad”. Luis María Díez Picazo.
- ❖ “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano”. Enrique Alonso García.
- ❖ “Del Estado Absoluto al Estado Constitucional”. Benjamín Gonzales Alonso.
- ❖ Lorenzo Córdova Vianello. “La Contraposición entre Derecho y Poder desde la Perspectiva del Control de Constitucionalidad en kelsen y Schmitt”.
- ❖ Quiroga León, Aníbal. “Los Excesos del Tribunal Constitucional Peruano: A Propósito del Control Concentrado de la Constitución”. *Id Est Ius*. Año II Nº 2. Editorial. Adrus. Arequipa. 2009.
- ❖ Pando Vélchez, Jorge. “La Administración Frente a la Norma Inconstitucional ¿Control de Constitucionalidad y Control de Legalidad Administrativa?”.